Die stille Gesellschaft

des Handelsgesetzbuches

im Verhältnis zu

der Gesellschaft

des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inauguraldissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde,

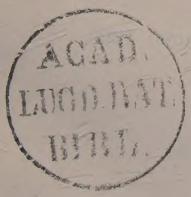
der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Walther Rettig,

Referendar.



Pr. Stargard 1902.
Druck von Ernst Timm.

Litteratur.

Anschütz & von Völderndorff, Commentar z. Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche 2. Aufl.
Archiv für bürgerliches Recht.
Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts.
v. Borch, das Recht der stillen Gesellschaft in seinem Verhältnis zum Gesellschaftsrecht des B. G. B., Rostocker Dissertation 1901.
Buch, Archiv für Handels- und Wechselrecht.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts (1900), 5. Aufl.
Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. (J. Guttentag.)
" " " " Handelsgesetzbuches. (J. Guttentag.)
Dernburg, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Dernburg, Pandekten 6. Aufl.
Endemann, das deutsche Handelsrecht, 4. Aufl. 1887.
Endemann, die nationalökonomischen Grundsätze der kanonistischen Lehre.
Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Ennecerus-Lehmann, das bürgerliche Recht.
Entscheidungen des Reichs-Ober-Handelsgerichts. (R. O. H. G.)
Entscheidungen des Reichsgerichts. (R. G.)
Freese, die Commanditgesellschaft und die stille Gesellschaft. Greifswalder Dissertation 1877.
Gareis, Lehrbuch des Handelsrechts 6. Aufl.
Gareis, Handelsgesetzbuch, Handausgabe mit Anmerkungen 1898.
Gerber-Cosack, Deutsches Privatrecht 17. Aufl. 1895.
Gierke, Genossenschaftstheorie.
Gierke, Genossenschaftsrecht.
Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts 1891.
von Hahn, Commentar z. Handelsgesetzbuch.
Jäger, Commentar zur Konkursordnung.
Knoke, das Recht der Gesellschaft.
Kober s. unter v. Staudinger.
Lastig s. unter Endemann, Handbuch des deutschen Handelsrechts.
Lehmann-Ring, Commentar z. Handelsgesetzbuch.
Löwy, das Recht der stillen Gesellschaft in ihrem Verhältnis zu der Gesellschaft des B. G. B., Göttinger Dissertation 1900.
Makower, Handelsgesetzbuch mit Commentar 1901.
Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 3. Aufl.

Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. (J. Guttentag.)
Oertmann, das Recht der Schuldverhältnisse.
Planck, Commentar zum bürgerlichen Gesetzbuch.
Protokolle der Nürnberger Commission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches (1857—61) herausgegeben von Lutz.
Puchelt, Commentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Aufl.
Renaud, das Recht der stillen Gesellschaft und der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse.
Silberschmidt, die Commenda in ihrer frühesten Entwicklung bis zum 13. Jahrhundert.
Staub, Commentar z. Handelsgesetzbuch 6./7. Aufl.
v. Staudinger, Commentar zum bürgerlichen Gesetzbuche. (Die Darstellung des Gesellschaftsrechtes rührt von Kober her.)
Thöl, Handelsrecht, 6. Aufl.
v. Vangerow, Pandekten 7. Aufl.
Windscheid-Kipp, Pandekten 8. Aufl.
Willenbücher, Commentar zum Handelsgesetzbuche.
Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht (begr. v. Goldschmidt).

Inhaltsverzeichnis.

I. Einleitung § 1 . . . . . Seite 1.
II. Allgemeiner Teil. Die rechtliche Natur der stillen Gesellschaft und die sich hieraus ergebenden Folgerungen.
A. Die rechtliche Natur der stillen Gesellschaft im Allgemeinen § 2 . . . . . 2.
B. Folgerungen aus der Natur der stillen Gesellschaft, insbesondere das Verhältnis der stillen Gesellschaft zu der Gesellschaft des B. G. B. im Allgemeinen § 3 . . 11.
III. Besonderer Teil.
A. Rechtsverhältnisse bei beiden Gesellschaften während des Bestehens.
1. Rechtsverhältnisse der Gesellschafter unter einander § 4 . . . . . 17.
2. Rechtsverhältnisse nach aussen § 5 . . . . 30.
B. Rechtsverhältnisse bei der Auflösung der stillen Gesellschaft und der Gesellschaft des B. G. B.
1. Gründe der Auflösung:
a) Die Auflösung ipso jure § 6 . . . . . 33.
b) Die Auflösung infolge Kündigung eines Gesellschafters oder gemeinsamen Beschlusses der Gesellschafter § 7 . . . . . 37.
c) Die Auflösung auf Antrag des Gläubigers eines Gesellschafters § 8 . . . . . 38.
2. Wirkungen der Auflösung:
a) Die Wirkungen im Allgemeinen § 9 . . . 40.
b) Die Wirkungen im Konkurse § 10 . . . . 44.

I. Einleitung.

§ 1.

Für die Untersuchung des Verhältnisses der stillen Gesellschaft des neuen Handelsgesetzbuches zu der Gesellschaft des B. G. B. ist es zunächst von Wichtigkeit, festzustellen, ob die stille Gesellschaft überhaupt eine Gesellschaft ist oder nicht. Man sollte meinen, dass schon die Bezeichnung »stille **Gesellschaft**« jeden Zweifel hierüber ausschlösse, aber dies ist keineswegs der Fall. Denn es hat seit jeher Streit über die Natur der stillen Gesellschaft bestanden. Während die einen sie für eine Societät[1]) halten, behaupten andere das Gegenteil und erklären sie als ein modificiertes Gläubiger- oder Darlehnsverhältnis[2]) oder für ein aus Societät und Darlehn gemischtes Rechtsverhältnis[3]).

Da die stille Gesellschaft durch die von ihr handelnden §§ 335—342 des neuen H. G. B. eine ausschliessliche Regelung nicht gefunden hat, vielmehr, wie Art. 2 des Einführungsgesetzes zum neuen H. G. B. allgemein sagt, diese speciellen Bestimmungen durch die sonstigen Bestimmungen des H. G. B. und in Ermangelung solcher durch die des Bürgerlichen Gesetzbuches ihre Ergänzung finden, so würden wir, falls wir zu dem Resultate kämen, dass die stille Gesellschaft keine Societät sei, folgern müssen, dass die Vorschriften des B. G. B. über die Gesellschaft[4]) nicht ergänzend eintreten können oder höchstens daraufhin zu prüfen seien, ob nicht trotzdem und aus welchem Grunde die eine oder die andere dieser Bestimmungen anzuwenden sei. Kommen wir andererseits zu dem Ergebnisse, dass die stille Gesellschaft thatsächlich eine Gesellschaft sei, so erhellt ohne Weiteres, dass die Bestimmungen des B. G. B. über die Gesellschaft auch auf die stille Gesellschaft Anwendung finden, natürlich nur insoweit, als ihnen nicht positive Bestimmungen des neuen H. G. B. entgegenstehen oder die besondere Natur der stillen Gesellschaft ihre Anwendbarkeit ausschliesst.

---

[1]) Gerber-Cosack, Deutsches Privatrecht, 17. Aufl. (1895) S. 384; Behrend Handelsrecht S. 663; Renaud, das Recht der stillen Gesellschaft und der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung S. 92 f.

[2]) Lastig in Endemanns Handbuch, Band I, S. 707; Anschütz & von Völderndorff, Commentar z. Handelsgesetzbuche, Vorbemerkungen zu Art. 250; Endemann, das deutsche Handelsrecht 4. Aufl. S. 181.

[3]) Puchelt, Commentar z. Handelsgesetzbuche, 3. Aufl. S. 516.

[4]) B. G. B. § 705—740.

II. Allgemeiner Teil.

Die rechtliche Natur der stillen Gesellschaft und die sich hieraus ergebenden Folgerungen.

§ 2.

A. Die rechtliche Natur der stillen Gesellschaft im Allgemeinen.

Schon aus der Einteilung des neuen Handelsgesetzbuches[1]) geht hervor, dass die stille Gesellschaft keine **Handelsgesellschaft** im Sinne des Gesetzbuches ist. Denn das zweite Buch führt die Ueberschrift »Handelsgesellschaften **und** stille Gesellschaft.«

Unter Handelsgesellschaften versteht das Gesetzbuch nur **die** Gesellschaften, die nach aussen zu als eine Einheit, unter einer gemeinschaftlichen Firma auftreten, was bei der stillen Gesellschaft nicht der Fall ist, auch nicht der Fall sein darf.[2])

Ist also die stille Gesellschaft hiernach keine **Handelsgesellschaft**, so wäre nunmehr zu untersuchen, ob sie als eine Gesellschaft aufgefasst werden kann.

Wenn wir von dem römischrechtlichen Begriffe der societas ausgehen, so ist allerdings ohne Weiteres zuzugeben, dass die stille Gesellschaft den Erfordernissen der societas nicht vollständig entspricht, denn diese setzt eine »vertragsmässige Vermögensgemeinschaft[3])« voraus, während die Einlage des stillen Gesellschafters in das Vermögen desjenigen übergeht, an dessen Handelsgewerbe er sich beteiligt.[4]) Regelmässig stand bei der römischen societas das Gesellschaftsvermögen im Miteigentum der einzelnen Gesellschafter, aber es war dies nicht immer der Fall. Denn wir finden in den Quellen auch Beispiele dafür, dass die Einlagen der Gesellschafter vertragsmässig ihr Eigentum bleiben können, wenn nur ihre Verwendung zu einem gemeinsamen Zwecke erfolge und der aus der societas sich ergebende Gewinn oder Verlust nach dem im Vertrage näher festzusetzenden Verhältnisse[5]) beziehungsweise nach dem arbitrium boni viri[6]) verteilt werde.[7]) Dagegen ist es nach den Quellen mit dem Begriffe der societas unvereinbar, wenn

---

[1]) Das alte Handelsgesetzbuch von 1861 handelte in seinem zweiten Buche von den Handelsgesellschaften und im dritten von der stillen Gesellschaft und der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung. Mit Rücksicht auf die eingehende Regelung, die das Gesellschaftsrecht durch das B. G. B. erfahren hat, sind in dem neuen H. G. B. besondere Bestimmungen über die sog. Gelegenheitsgesellschaften entbehrlich geworden, und da man der stillen Gesellschaft wegen der wenigen sie behandelnden Paragraphen nicht ein besonderes Buch in dem neuen H. G. B. widmen wollte, so hat man sie gleichsam als Anhang dem zweiten Buche hinzugefügt. Vgl. Denkschrift z. Entwurf eines Handelsgesetzbuches S. 85. 201.

[2]) H. G. B. § 18 Abs. 1.

[3]) Dernburg Pand. 6. Aufl. II, S. 341.

[4]) H. G. B. § 335 Abs. 1.

[5]) l. 1. l. 2. I. de societate 3,25.

[6]) l. 6. D. pro socio 17,2.

[7]) l. 58 pr. eod.

ein socius — wie dies bei dem stillen Gesellschafter der Fall ist — das Eigentum an seiner Einlage aufgiebt.[1])

Auch das B. G. B., das sich zwar hinsichtlich seines Gesellschaftsrechts nicht vollständig von dem römischen Recht losgesagt hat, aber doch im Wesentlichen an deutschrechtliche Grundsätze sich anschliesst, indem es die Gesellschaft nach dem Prinzip der »gesammten Hand« konstruiert, stimmt doch insofern mit dem römischen Recht überein, als es bei Einlagen von vertretbaren und verbrauchbaren Sachen allgemein und bei nicht vertretbaren und nicht verbrauchbaren Sachen, wenn sie unter einer Schätzung eingebracht werden und diese Schätzung nicht bloss den Zweck hat, die Grundlage für die Gewinnberechnung zu bilden, die Auslegungsregel giebt, dass diese Sachen gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter werden.[2]) Noch deutlicher drückt es diesen Grundsatz in dem § 718 aus, wonach »die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter werden.«

Zeigt sich also in Ansehung der Einlagen der Gesellschafter des römischen wie des bürgerlichen Rechts einer- und der des stillen Gesellschafters andererseits eine grundsätzliche Verschiedenheit, insofern als die Einlage dieses in das Vermögen des andern Gesellschafters, des »Inhabers des Handelsgewerbes«, übergeht und dadurch eine gewisse **Aehnlichkeit** mit einem Darlehn verrät, so entsteht nun die Frage, ob dieses Kriterium als ausreichend anzusehen ist, um die stille Gesellschaft als ein Darlehnsverhältnis auffassen zu können, oder ob die Gründe, die für die Auffassung als Gesellschaft sprechen, so stark sind, um jene Auffassung als unhaltbar erscheinen zu lassen.

Dafür, dass die stille Gesellschaft im Wesentlichen nichts anderes als ein Darlehnsverhältnis sei, giebt das Gesetz selbst keinen Anhalt. Im Gegenteil spricht zunächst die Stellung, die sowohl das alte wie das neue H. G. B. der stillen Gesellschaft einräumen, dafür, dass sie als eine Gesellschaft aufzufassen sei. Auffallen muss allerdings, dass während z. B. § 105 Abs. 2 H. G. B. ausdrücklich sagt, dass auf die offene Handelsgesellschaft die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Gesellschaft Anwendung finden sollen, soweit nicht in dem Abschnitte über die offene Handelsgesellschaft ein Anderes vorgeschrieben sei, und ebenso § 161 Abs. 2 H. G. B. bezüglich der Kommanditgesellschaft auf die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften und damit also gleichfalls auf die Bestimmungen des B. G. B. über die Gesellschaft verweist, eine entsprechende allge-

[1]) l. 13 § 1 D. de praescriptis verbis 19,5 („si tibi areae meae dominium dedero, ut insula aedificata partem mihi reddas . . . . neque societatem esse, quia **nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit.**“)

[2]) B. G. B. § 706 Abs. 2.

[3]) H. G. B. § 335 Abs. 1.

meine Vorschrift in dem Abschnitte über die stille Gesellschaft nicht gegeben ist. Andererseits finden wir in dem § 338 des neuen H. G. B, wo von den Rechten des stillen Gesellschafters die Rede ist, die Bestimmung, dass die in dem § 716 des B. G. B. dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter eingeräumten weiteren[1]) Rechte dem stillen Gesellschafter nicht zustehen, ferner in dem § 339 die Bestimmung, dass die Vorschriften des § 723 des B. G. B. über das Recht, die Gesellschaft aus wichtigen Gründen ohne Einhaltung einer Frist zu kündigen, unberührt bleiben.

Wenn also das Gesetzbuch **eine** Bestimmung des B. G. B. über die Gesellschaft ausschliesst, eine andere dagegen ausdrücklich unberührt lässt, so liegt die Vermutung nahe, dass es von der Voraussetzung[2]) ausgehe, dass die stille Gesellschaft, wenn auch keine **Handels**gesellschaft, so doch eine Gesellschaft des Handelsrechts[3]) sei, so dass also wenigstens die **Möglichkeit** der Anwendbarkeit auch sonstiger Bestimmungen des B. G. B. über die Gesellschaft gegeben ist. Für diese Vermutung sprechen ferner die Bezeichnungen »stille Gesellschaft« und »stiller Gesellschafter«, sowie die gesellschaftliche Regelung der ganzen Materie. In den §§ 336 und 337 trifft das Gesetzbuch Bestimmungen über die Verteilung von Gewinn und Verlust, in dem § 338 giebt es dem stillen Gesellschafter dieselben Kontrolrechte wie dem Kommanditisten, bezüglich der Kündigung der »Gesellschaft« verweist es in dem § 339 auf die analogen Vorschriften der §§ 132, 134, 135 über die offene Handelsgesellschaft, im § 340 endlich spricht es von der Auflösung und Auseinandersetzung der »Gesellschaft.«

Auch die geschichtliche Entwickelung der stillen Gesellschaft, die ebenso wie die Kommanditgesellschaft aus der mittelalterlichen Commenda[4]) hervorgegangen ist, spricht für die Auffassung als Gesellschaft. Diese Commenda lässt sich zuerst in Italien, der eigentlichen Wiege des modernen Handelsrechts nachweisen. Unter dem Namen »Commenda« verstand man einen Vertrag, wonach jemand (der commendator) einem anderen (dem tractator) ursprünglich zum Zwecke überseeischer Unternehmungen Waaren, die an

---

[1]) nämlich das Recht, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich zu unterrichten, die Geschäftsbücher und Papiere der Gesellschaft einzusehen und sich aus ihnen eine Uebersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anzufertigen.

[2]) Staub, Commentar 7 Aufl. S. 994 (Anm. 2 zu § 335) ebenso die Denkschrift (S. 196) setzen ohne Weiteres voraus, dass die Bestimmungen des B. G. B. über die Gesellschaft subsidiär auf die stille Gesellschaft zur Anwendung kommen, eine Unterstellung, die mit Rücksicht anf die in der Litteratur herschende Streitfrage über die Natur der stillen Gesellschaft doch der Begründung bedurft hätte.

[3]) So auch Lehmann-Ring, Commentar S. 216 oben; derselbe S. 666 II No. 11. Anschütz & von Völderndorff, Commentar 2 Aufl. Supplementband II. 2 S. 873.

[4]) Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts 1891 S. 262; Silberschmidt, die Commenda in ihrer frühesten Entwickelung bis zum 13. Jahrhundert S. 20 ff.

einem überseeischen Orte verkauft werden sollten, oder auch Geld anvertraute, um an jenem Orte Waaren einzukaufen, die dann am Heimatsorte wieder verkauft werden sollten. Diese Transaction erfolgte für Rechnung und Gefahr des Kapitalisten, wobei der daraus zu erzielende Gewinn vertragsmässig nach einem bestimmten Verhältnisse verteilt werden sollte. Während ursprünglich der commendator das Kapital allein hergab und der tractator nur die operae leistete, kamen später Fälle vor, wo beide, der tractator und commendator gleichmässig oder auch zu ungleichen Teilen Beiträge leisteten. Wie ein solcher Vertrag aufzufassen war, liess sich nur für jeden Fall einzeln beurteilen. Bald war es eine Gelegenheitsgesellschaft im Sinne des alten H. G. B. oder eine stille Gesellschaft, bald lag auch wohl nur Dienstmiete vor, indem der tractator etwa die Stellung unseres heutigen commis interessé einnahm.[1])

Von Italien aus verbreitete sich die Commenda allmählich nach vielen anderen Ländern, so namentlich auch nach Deutschland, wo sie wegen des bestehenden Zinsverbots des kanonischen Rechtes schnell Anklang fand.[2])

Aus der Commenda entwickelte sich demnächst die societas per viam accommanditae, kurz Accommandita genannt, die sich auch nach aussen als Gesellschaft zu erkennen gab und aus der unsere heutige Kommanditgesellschaft hervorgegangen ist.

Neben der Accommandita finden wir, ebenfalls schon im Mittelalter, eine andere Gesellschaftsform, die societas per viam participationis, die sich von jener dadurch unterscheidet, dass sie nach aussen nicht als Gesellschaft hervortritt, sondern nur ein rein internes Vertragsverhältnis bildete und zwar zumeist in der Weise, dass ein Kapitalist sich an dem Unternehmen eines anderen, des »tractator« mit einer Geldsumme beteiligte, die in das Eigentum des tractator überging, während dieser sich verpflichtete, nach erfolgter Abwicklung der unternommenen Geschäfte oder bei längerer Dauer des Unternehmens in gewissen Zeitabschnitten Gewinn und Verlust mit dem commendator in der im Vertrage vorzusehenden Weise zu teilen.

Aus dieser societas per viam participationis, die sich ursprünglich mehr als Gelegenheitsgesellschaft auffassen lässt, ist dann im Laufe der Zeit, indem die Beteiligung nicht an einem vorübergehenden Unternehmen, sondern an dem Handelsbetriebe eines Kaufmanns überhaupt erfolgte, unsere stille Gesellschaft entstanden.

Sind also Kommandit- und stille Gesellschaft aus derselben

---

[1]) Behrend, Handelsrecht I, 611;
Cosack, Handelsrecht S. 577;
Lastig a. a. O. I, S. 712 f.

[2]) Endemann, die nationalökonomischen Grundsätze der canonistischen Lehre S. 12 ff.

geschichtlichen Wurzel hervorgegangen, so wäre es merkwürdig, dass, während jene allgemein als Gesellschaft und zwar als Handelsgesellschaft anerkannt worden ist, diese nach der Ansicht mancher Schriftsteller[1]) lediglich eine Art von Darlehnsverhältnis sein soll. Demgegenüber darf man nicht ausser Acht lassen, dass bis zum Jahre 1861, der Schaffung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches Kommandit- und stille Gesellschaft vielfach als gleichbedeutend angesehen worden sind. So war z. B. die stille Gesellschaft nach dem preussischen Entwurf, den die Nürnberger Commission im Jahre 1857 ihren Beratungen zur Abfassung eines Entwurfes für ein deutsches Handelsgesetzbuch zu Grunde gelegt hatte, im Wesentlichen nichts anderes als unsere heutige Kommanditgesellschaft.[2]) Erst nach mehrfachem Schwanken sah man ein, dass unter der der societas per viam participationis nachgebildeten »stillen Gesellschaft« juristisch doch etwas anderes zu verstehen sei, als eine Kommanditgesellschaft, und man entschloss sich deshalb beide Gesellschaftsformen in das Gesetzbuch aufzunehmen.

Noch bei der Revision des Handelsgesetzbuches im Jahre 1897 war der Vorschlag gemacht worden, die stille Gesellschaft, weil überflüssig, überhaupt aus dem Gesetzbuche zu streichen.[3]) Es wurde jedoch mit Recht dagegen geltend gemacht, dass Kommandit- und stille Gesellschaft sich unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuches im praktischen Leben auf das Beste bewährt haben und dass deshalb kein Grund vorhanden sei, die eine dieser beiden Gesellschaftsformen aufzugeben.

Haben wir nun gesehen, dass der Wille des Gesetzes und die historische Entwicklung der stillen Gesellschaft keineswegs darauf hindeuten, dass die stille Gesellschaft nur eine Art von Darlehnsverhältnis sei, so wollen wir nunmehr im Einzelnen prüfen, ob sich nicht aus dem Wesen des Darlehns und der stillen Gesellschaft Unterschiede von Bedeutung ergeben.

Die Hingabe eines Darlehns erfolgt zu jedem beliebigen Zwecke. Der Darlehnsempfänger kann das Darlehn regelmässig nach seinem eigenen Gutdünken verwenden, er ist Beschränkungen in der Verfügung darüber von Seiten des Gläubigers nicht ausgesetzt und hat abgesehen von der Zinsvergütung, sofern eine solche ausbedungen war, nur die Verpflichtung, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten.[4])

Anders bei der stillen Gesellschaft! Der Inhaber des Handelsgeschäfts darf die Einlage des stillen Gesellschafters, der sich mit ihr an diesem Handelsgewerbe beteiligt, nicht für Sonderzwecke verwenden, die mit seinem Handelsgewerbe in keinem

[1]) Vgl. oben § 1.
[2]) Gareis, Handelsgesetzbuch 1898 S. 146.
[3]) Denkschrift S. 197.
[4]) B. G. B. § 607 Abs. 1.

Zusammenhange stehen, wie z. B. zur Aussteuer einer Tochter, zum Ankaufe einer Villa und dergl. m., sondern lediglich für die Zwecke des Handelsgewerbes. Verstösst er gegen diese Verpflichtung, so macht er sich dem stillen Gesellschafter gegenüber schadensersatzpflichtig und giebt ihm ausserdem das Recht, eine sofortige Auseinandersetzung[1]) ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu verlangen, während der Darlehnsgläubiger in dem gleichen Falle ein Recht zur sofortigen Kündigung des gegebenen Darlehns nicht hat, vielmehr an die vertragsmässig vereinbarte bez. die gesetzlich bestimmte Kündigungsfrist von B. G. B. § 609 Abs. 2 gebunden ist. Ausserdem hat die Rückzahlung der Einlage des stillen Gesellschafters stets in Geld zu erfolgen, auch wenn die Einlage in anderen Sachen bestanden hat.[2])

Allerdings kann auch ein Darlehn in der Weise zustandekommen, dass jemand einem andern vertretbare oder auch unvertretbare Sachen zum Verkaufe überlässt und mit ihm die Vereinbarung trifft, dass er den Erlös als Darlehn behalte und demgemäss anstatt der empfangenen Sachen deren Geldwert später zurückzuerstatten habe.[3]) Zu beachten ist aber, dass hier die Verpflichtung, den als Darlehn empfangenen Vermögenswert in Geld zurückzuerstatten, auf **Parteivereinbarung** und nicht unmittelbar auf **gesetzlicher Bestimmung** beruht.

Während ferner der Darlehnsgläubiger regelmässig einen von vornherein bestimmten Prozentsatz als Zinsen erhält, bezieht der stille Gesellschafter einen Anteil an dem Gewinn aus dem Handelsgewerbe, an dem er sich beteiligt hat, vorausgesetzt, dass ein Gewinn erzielt worden ist. Ebenso nimmt er auch an dem Verluste teil, sofern dies nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden ist. Wenn seine Einlage durch Verluste früherer Geschäftsjahre vermindert worden ist, wird der Gewinn späterer Jahre zunächst zur Ergänzung der Einlage verwendet und kann nur insoweit zur Auszahlung gelangen, als die Einlage ihre ursprüngliche Höhe wieder erlangt hat und darüber hinaus noch Gewinn vorhanden ist.[4])

Während beim Darlehn eine im Voraus getroffene Vereinb rung, dass fällige Zinsen wieder Zinsen tragen sollen, nach

---

[1]) Dies bedeutet natürlich nicht, dass auch die Auszahlung der Einlage des stillen Gesellschafters einschliesslich des verhältnismässig auf ihn entfallenden Anteiles am Reingewinn **sofort** zu erfolgen hat. Der Anspruch auf diese Rückzahlung kann stets erst nach beendigter Auseinandersetzung verwirklicht werden, wobei es natürlich nicht ausgeschlossen ist, dass bereits vor völlig beendigter Auseinandersetzung Abschlagszahlungen unter Berücksichtigung der Liquidität des Geschäftsvermögens des Komplementars der stillen Gesellschaft erfolgen können.

[2]) H. G. B. § 340 Abs. 1.

[3]) l. 11 pr. D. de rebus creditis 12,1.

[4]) H. G. B. § 337 Abs. 2. Vgl. auch die analogen Bestimmungen über die Kommanditgesellschaft in H. G. B. § 169 Abs. 1 S. 2.

bürgerlichem Rechte nichtig ist,[1]) steht bei der stillen Gesellschaft der Verabredung nichts im Wege, dass nicht abgehobener Gewinn die Einlage des stillen Gesellschafters vermehre und also wiederum an dem etwaigen Gewinne teilnehme oder dass er als Guthaben stehen bleibe und als solches verzinst werde.[2])

Der Darlehnsgläubiger hat ferner eine bestimmte Forderung an den Darlehnsempfänger in Höhe des gegebenen Darlehns, der stille Gesellschafter trägt dagegen gewöhnlich die Gefahr der Verminderung oder des völligen Verlustes seiner Einlage, weil er nicht bloss an dem Gewinn, sondern auch an dem Verluste teilnimmt, den das Geschäftsresultat des einen oder des anderen Jahres infolge schlechten Geschäftsganges, ungünstiger Konjunkturen, ausserordentlicher Verluste, Veruntreuungen von Angestellten etc. ergeben kann.

Zwar geht auch der Darlehnsgläubiger das Risiko ein, den hingegebenen Vermögenswert z. B. infolge Zahlungsunfähigkeit seines Schuldners **thatsächlich** ganz oder teilweise zu verlieren, **rechtlich** dagegen wird sein Vermögen nicht gemindert, da er seine Forderung gegen den Schuldner nach wie vor behält.

Allerdings gab es im römischen Recht eine als Darlehn bezeichnete Vertragsform, nämlich das Seedarlehn, bei dem die Abrede dahin ging, dass das Hingegebene unter gewissen Bedingungen nicht zurückgegeben zu werden brauche, ohne dass eine solche Verabredung als Schenkung oder Schulderlass aufzufassen wäre. Die Verpflichtung des Seedarlehnsnehmers zur Rückgabe der Darlehnssumme war nämlich von der Bedingung abhängig, dass die Seefahrt glücklich beendigt werde, während das Aequivalent für das Risiko des Verlustes der hingegebenen Summe darin bestand, dass der Darlehnsgläubiger Zinsen über das gesetzliche Maximum hinaus[3]) sich ausbedingen konnte. Auf dieses Seedarlehn stützen sich mit Vorliebe **die** Schriftsteller, die der stillen Gesellschaft die Gesellschaftsnatur absprechen wollen, und doch wird gerade beim Seedarlehn die **gesellschaftsähnliche** Natur anerkannt. Wenn wir nun erwägen, dass das Wesen des Darlehns gerade darin besteht, dass der Schuldner zur späteren Rückgabe des empfangenen Vermögenswertes verpflichtet wird,[4]) so werden wir einen solchen Vertrag, bei dem diese Verpflichtung **unter** gewissen Bedingungen ausgeschlossen wird, nicht mehr als einen **reinen** Darlehnsvertrag gelten lassen können.[5])

---

[1]) B. G. B. § 248 Abs. 1. Vgl. aber die Ausnahmen in § 248 Abs. 2, sowie in H. G. B. § 355 Abs. 1.

[2]) H. G. B. § 337 Abs. 3.

[3]) Justinian hat freilich auch die Zinsen für Seedarlehn nach oben — 12% — begrenzt. Dernburg Pand. II, 241; l. 26 § 2 C. de usuris 4,32. A. M. Matthiass, das foenus nauticum S. 29.

[4]) l. 1 § 2 D. de obl. 44,7; B. G. B. § 607.

[5]) So auch von Borch a. a. O. S. 24 Anm. 7.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Darlehnsgläubiger und dem stillen Gesellschafter beruht ferner darin, dass dieser vermöge seiner Eigenschaft als Gesellschafter in gleicher Weise, wie der Kommanditist nach H. G. B. § 166, berechtigt ist, die abschriftliche Mitteilung der Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen.[1])

Wenn behauptet wird, dass die Kontrolberechtigung des stillen Gesellschafters sich aus der »Vertrauensnatur der stillen Gesellschaft« erkläre,[2]) so ist dieser Ansicht entgegenzuhalten, dass die Gewährung eines Darlehns doch sicherlich auch Vertrauenssache ist, dass aber der Darlehnsgläubiger dennoch ein derartiges Recht gesetzlich nicht hat. Das Recht der Kontrole ist vielmehr lediglich Ausfluss der gesellschaftlichen Stellung des stillen Gesellschafters, ebenso wie dies bei dem Kommanditisten der Fall ist. Das Kontrolrecht hängt auf das Engste mit der Gewinn- und Verlustbeteiligung des stillen Gesellschafters zusammen. Wäre ihm dieses Recht nicht gegeben, dann hätte er auch kein Mittel in Händen, die Gefahr, dass ihm zu wenig Gewinn oder zuviel Verlust berechnet werden könne, abzuwenden.

Ein fernerer Unterschied ergiebt sich beim Konkurse über das Vermögen des Komplementars der stillen Gesellschaft. Würden wir die Einlage des stillen Gesellschafters als Darlehn auffassen, dann müssten wir folgerichtig die Verpflichtung des stillen Gesellschafters, eine versprochene Einlage auch thatsächlich zu leisten, als pactum de mutuo dando s. accipiendo auffassen, so dass der Anspruch des Komplementars auf Zahlung etwa rückständiger Einlage sich als ein Anspruch aus diesem pactum darstellen würde. Dies würde aber zur Folge haben, dass der stille Gesellschafter zur Einzahlung seiner rückständigen Einlage dann nicht verpflichtet wäre, wenn nach Eingehung dieser Verpflichtung in den Vermögensverhältnissen des Komplementars eine wesentliche Verschlechterung einträte, durch die der Anspruch auf Rückerstattung gefährdet würde.[3]) Dem steht aber die positive Bestimmung[4]) entgegen, dass der stille Gesellschafter selbst in dem Konkurse über das Vermögen des Komplementars verpflichtet ist, die rückständige Einlage bis zu dem Betrage seines Verlustanteiles zur Konkursmasse einzuzahlen.

Während ferner der Darlehnsgläubiger berechtigt bez. verpflichtet ist, die Darlehnsvaluta nach erfolgter Aufkündigung zurückzunehmen, ohne eine Anfechtung der Konkursgläubiger seines Schuldners — falls dieser bald nach der Rückzahlung in Konkurs gerät — befürchten zu brauchen, besteht bezüglich der Rückzahlung der Einlage des stillen Gesellschafters unter den im § 342

[1]) H. G. B. § 338 Abs. 1.
[2]) Freese, die Commanditgesellschaft und die stille Gesellschaft. Greifswalder Dissertation, 1877 S. 15.
[3]) l. 38 pr. D. de solut. 46,3; B. G. B. § 610.
[4]) H. G. B. § 341 Abs. 2.

Abs. 1 des H. G. B. gegebenen Voraussetzungen die praesumtio juris, dass sie in fraudem creditorum erfolgt sei, weshalb sie von den Konkursgläubigern des Komplementars bez. von dem Konkursverwalter angefochten werden kann. Auch dieses Anfechtungsrecht lässt sich nur aus der Gesellschaftsnatur der stillen Gesellschaft erklären.

Der letzte und nicht unerheblichste Unterschied zwischen der stillen Gesellschaft und einem Darlehnsverhältnis besteht bezüglich der Kündigung. Der Darlehnsgläubiger — natürlich auch der Schuldner — kann das Darlehn jederzeit unter Einhaltung der gesetzlichen bez. der verabredeten Kündigungsfrist zur Rückzahlung kündigen,[1]) der stille Gesellschafter dagegen bez. der Komplementar kann die Gesellschaft, wenn sie auf unbestimmte Zeit oder, was dem gleichsteht, für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen ist, nur für den Schluss eines Geschäftsjahres und zwar sechs Monate vorher kündigen,[2]) sofern nicht ein wichtiger Grund zur sofortigen fristlosen Kündigung vorliegt, eine Bestimmung, die gerade eine spezifische Eigentümlichkeit der Gesellschaften des Handelsrechts ist. Freilich kann, was hier **gesetzlich** gilt, zwischen dem Darlehnsgläubiger und -schuldner auch **vertraglich** vereinbart werden. Aber während bei einem auf eine festbestimmte Zeit hingegebenen Darlehn der Schuldner selbst im Konkurse des Darlehnsgläubigers nicht gezwungen werden kann, es vor Ablauf der festgesetzten Zeit zurückzuzahlen, hat jeder Gläubiger des stillen Gesellschafters das Recht, unter gewissen Umständen die Gesellschaft sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres zu kündigen, auch wenn der Gesellschaftsvertrag eine festbestimmte Dauer vorgesehen hatte, nämlich dann, wenn innerhalb der letzten sechs Monate eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des stillen Gesellschafters ohne Erfolg versucht worden ist und der Gläubiger des stillen Gesellschafters auf Grund eines endgiltig vollstreckbaren Schuldtitels die Pfändung und Ueberweisung des Anspruches auf das diesem bei der Auseinandersetzung zukommende Guthaben erwirkt hat.[3])

Aus vorstehenden Erörterungen ergiebt sich, dass die stille Gesellschaft sich insofern einem Darlehnsverhältnis nähert, als die Einlage des stillen Gesellschafters in das Vermögen des Komplementars übergeht, dass ferner bei einem Darlehnsvertrage durch **Vertrag** einzelne Bestimmungen getroffen werden können, die für die stille Gesellschaft durch das **Gesetz** gegeben sind, dass diese Kriterien aber keineswegs ausreichen, um die stille Gesellschaft als ein solches Darlehnsverhältnis auffassen zu können. Es sprechen vielmehr die Stellung der stillen Gesellschaft im Handelsgesetz-

---

[1]) B. G. B. § 609 Abs. 2.
[2]) H. G. B. § 339 in Verbdg. mit §§ 132 u. 134.
[3]) H. G. B. § 339 in Verbdg. mit § 135.

buche, ihre geschichtliche Entwicklung und gesellschaftliche Regelung und nicht zuletzt die grosse Reihe grundsätzlicher Gegensätze, die sie von einem Darlehnsvertrage trennen, dafür, dass sie thatsächlich nur als eine Gesellschaft aufgefasst werden kann.

§ 3.

B. Folgerungen aus der Natur der stillen Gesellschaft, insbesondere das Verhältnis der stillen Gesellschaft zu der Gesellschaft des B. G. B. im Allgemeinen.

Da die stille Gesellschaft, wie in dem vorigen Paragraphen dargelegt worden ist, eine Gesellschaft des Handelsrechts ist, so folgt hieraus, dass ebenso, wie bei der offenen Handels- und der Kommanditgesellschaft, auch auf sie die Vorschriften des B. G. B. über die Gesellschaft ergänzend anzuwenden sind.[1]) Eine solche Ergänzung kann aber nicht schlechthin eintreten, d. h. in der Weise, dass überall da, wo entsprechende Bestimmungen des H. G. B. über die stille Gesellschaft fehlen, die Bestimmungen des B. G. B. über die Gesellschaft zur Anwendung kommen. Es ist vielmehr von Fall zu Fall zu prüfen, ob die Anwendung der einzelnen Bestimmungen mit Rücksicht auf die eigenartige Natur der stillen Gesellschaft auch wirklich möglich ist.

Eine eigentliche Definition der stillen Gesellschaft finden wir in dem neuen H. G. B. im Gegensatz zu dem alten[2]) nicht, wir können sie gleichwohl aus den §§ 335 Abs. 1 und 336 Abs. 2 entnehmen.[3]) Eine stille Gesellschaft ist hiernach eine Gesellschaft, bei der sich jemand gegen einen Anteil an dem Gewinn und Verlust, oder auch nur an dem Gewinn, an dem Handelsgewerbe eines andern mit einer in das Vermögen dieses übergehenden Vermögenseinlage beteiligt. Die Gesellschaft des B. G. B. dagegen ist ein Vertragsverhältnis, wonach mehrere Personen sich gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes zu fördern.[4])

Beide Gesellschaften entstehen durch Vertrag, der auch formlos geschlossen werden kann. Eine Form und zwar gerichtliche oder notarielle Beurkundung ist nur dann vorgeschrieben, wenn ein Gesellschafter sich verpflichtet, ein Grundstück oder sein ganzes gegenwärtiges[5]) Vermögen bez. einen Bruchteil davon in die Gesellschaft einzubringen.[6]) Diese Formvorschrift gilt in

---

[1]) Vgl. auch Art. 2. d. Einf. Ges. zum neuen H. G. B.

[2]) H. G. B. von 1861 Art. 250 Abs. 1.

[3]) So auch Makower S. 847. Die Denkschrift sagt (S. 197): aus den §§ 335 und 336; dies ist insofern ungenau, als § 335 Abs. 2 und § 335 Abs. 1 lediglich Folgerungen dieser Begriffsbestimmung bilden.

[4]) B. G. B. § 705.

[5]) Die Uebernahme der Verpflichtung eines Gesellschafters zur Einbringung seines künftigen Vermögens oder eines Teiles davon ist gemäss B. G. B. § 310 nichtig.

[6]) B. G. B. §§ 313, 311.

gleicher Weise für den stillen Gesellschafter, nicht aber für den Komplementar, der ja Eigentümer seines Vermögens, also auch z. B. eines Grundstücks bleibt, das vertragsmässig den Interessen der stillen Gesellschaft dienen soll.

Während die Mitgliederanzahl bei der Gesellschaft des B. G. B. unbegrenzt ist, setzt die stille Gesellschaft begrifflich stets nur 2 Mitglieder voraus, den Inhaber des Handelsgewerbes oder Komplementar und den stillen Gesellschafter. Es braucht aber nicht notwendig eine einzelne Person Komplementar oder stiller Gesellschafter zu sein, sondern es können dies z. B. auch offene Handelsgesellschaften, Kommandit- oder Aktiengesellschaften sein.[1])

Geschäftsfähigkeit wird weder von den Gesellschaftern der stillen Gesellschaft noch von denen der Gesellschaft des B. G. B. verlangt, nur bedarf ein Geschäftsunfähiger zur Eingehung eines Gesellschaftsvertrages der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters und, sofern es sich um den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts handelt, ausserdem noch der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.[2])

Die stille Gesellschaft hat ferner notwendig ein Handelsgewerbe[3]) zur Voraussetzung. Der Komplementar muss daher Kaufmann sein, wenn auch nur Minderkaufmann im Sinne des § 4 des H. G. B.[4]). Sofern die Beteiligung des stillen Gesellschafters an einem erst zu begründenden Unternehmen erfolgen soll, würde der Komplementar, falls er es noch nicht ist, doch Kaufmann werden, weil eben der Betrieb eines Handelsgewerbes vorausgesetzt wird.[5])

Der stille Gesellschafter kann zwar auch Kaufmann sein, notwendig ist es aber nicht,[6]) jedenfalls erlangt er dadurch, dass er stiller Gesellschafter wird, nicht die Eigenschaft eines Kaufmanns.

Die Gesellschaft des B. G. B. kann jeden beliebigen Zweck,

---

[1]) Anschütz & v. Völderndorff II, 877; Puchelt. S. 518; v. Hahn S. 769; Willenbücher S. 326; Thöl S. 360; Lehmann-Ring S. 664 Nr. 3.

[2]) B. G. B. §§ 107—10, 112.

[3]) H. G. B. § 335 Abs. 1. Denkbar ist allerdings auch eine stille Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, also ohne ein Handelsgewerbe. In diesem Falle würden aber nicht die Vorschriften des H. G. B., sondern die des B. G. B. anzuwenden sein. Vgl. Zeitschrift f. d. gesammte Handelsrecht Bd. 22 S. 395, ferner Staub, S. 995 Anm. 7.

[4]) Behrend S. 658; Puchelt S. 518; Cosack Handelsrecht S. 586; Gareis Handelsrecht S. 246; Lehmann-Ring S. [illegible] Nr. 2; a. M. Renaud S. 72.

[5]) Das Handelsgewerbe braucht nicht notwendig bereits bei der Begründung der stillen Gesellschaft bestanden zu haben, wie man vielleicht aus der Fassung des § 335 Abs. 1 des H. G. B. schliessen könnte. Diese Auffassung wäre zu eng. Die stille Gesellschaft entsteht ebenso wie die offene Handelsgesellschaft durch Vertrag. Ebenso wie deren Bestehen nicht davon abhängig ist, dass die versprochenen Einlagen auch wirklich gemacht werden, dürfte es wohl auch genügen, dass der Zweck der stillen Gesellschaft auf den künftigen Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist. So auch Makower S. 849.

[6]) H. G. B. § 335 Abs. 1 („wer" sich . . . beteiligt.)

vorausgesetzt, dass er nicht verboten oder unsittlich[1]) ist, zum Gegenstande haben. Unter den Begriff der Gesellschaft fallen auch die Vereinigungen von Kaufleuten zu einzelnen Handelsgeschäften und die Gesellschaften der Minderkaufleute.[2])

Die stille Gesellschaft hat endlich kein gemeinschaftliches Vermögen der Mitglieder, da die Einlage des stillen Gesellschafters in das Vermögen des Komplementars übergeht. Die Gesellschaft des B. G. B, dagegen kennt ein Gesellschaftsvermögen, das den Genossen nach dem deutschrechtlichen Prinzip der gesammten Hand zusteht.[3]) Dieses Gesellschaftsvermögen ist ein geschlossenes Vermögen, das auf das Bestehen eines besonderen personenrechtlichen Bandes zwischen den Gesellschaftern zurückzuführen ist. Es gehört zwar nicht einem von den Genossen verschiedenen Rechtssubjekte, sondern den Genossen und zwar in der Weise, dass diese nur in ihrer Gesammtheit, (mit der gesammten Hand) darüber verfügen können.[4]) Dies ist allerdings nicht so zu verstehen, dass jede einzelne Verfügung einen vorhergehenden Beschluss aller Gesellschafter voraussetzt, vielmehr genügt es, wenn die Gesellschafter einen oder mehrere von ihnen zu solchen Verfügungen einfürallemal ermächtigen.

Aus dieser Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens folgt, dass es nicht bloss thatsächlich, sondern auch rechtlich von dem Vermögen der einzelnen Gesellschafter getrennt ist. Es kann also ein Gesellschaftsschuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung aufrechnen und umgekehrt.[5]) Ebensowenig hat der einzelne Gesellschafter ein Verfügungsrecht über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen oder an den einzelnen Teilen desselben, er hat auch kein Recht, Teilung zu verlangen, sondern lediglich einen Anspruch auf den ihm etwa zufallenden Gewinn, sowie auf das ihm bei der Auseinandersetzung zukommende Guthaben. Dementsprechend kann auch ein Gläubiger eines Gesellschafters ein Pfandrecht an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden einzelnen Gegenständen nicht geltend machen.[6]) Der Pfändung durch den Gläubiger eines Gesellschafters unterliegen nur die Ansprüche, deren Erfüllung der Gesellschafter bereits vor der Auseinandersetzung aus dem Gesellschaftsvermögen fordern kann,[7]) z. B. der Anspruch auf einen Gewinnanteil, Erstattung von Auslagen und Verwendungen im Interesse der Gesellschaft. Immerhin hat jedoch der Anteil eines Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen einen Vermögenswert und ist deshalb auch der Pfändung

---

[1]) B. G. B. §§ 304. 308.
[2]) H. G. B. § 4 Abs. 2; Knoke S. 24.
[3]) Gierke, Genossenschaftsrecht Bd. II S. 923 ff; Gierke Genossenschaftstherrie S. 339 ff; Oertmann S. 441; Knoke S. 9 f.
[4]) Denkschrift z. Entw. eines B. G. B. S. 87.
[5]) B. G. B. § 719 Abs. 2; Denkschrift S. 88.
[6]) C. P. O. § 859 Abs. 1 Satz 2.
[7]) Matthiass Bd. I S. 629; Planck II, S. 474.

unterworfen.[1]) Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen bedarf es eines gegen alle Gesellschafter ergangenen Urteils.[2])

Die stille Gesellschaft hat als solche kein Gesellschaftsvermögen. Die Einlage des stillen Gesellschafters bildet ja einen rechtlich untrennbaren Bestandteil des Vermögens des Komplementars. Dementsprechend giebt es bei ihr auch keine Gesellschaftsgläubiger, sondern nur Gläubiger des Komplementars.[3]) Ein Schuldner des Komplementars kann natürlich nicht mit einer Forderung aufrechnen, die ihm gegen den stillen Gesellschafter zusteht.

Der stille Gesellschafter hat ebensowenig wie ein Gesellschafter des B. G. B. das Recht, Teilung zu verlangen, sondern nur einen Anspruch auf Gewinn und das ihm bei der Auseinandersetzung zukommende Guthaben.

Die Bestimmung des B. G. B,[4]) dass der Anteil eines **ausscheidenden** Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen den übrigen zuwachse, ist auf die stille Gesellschaft schon deshalb nicht anwendbar, weil das **Ausscheiden** eines Gesellschafters gleichbedeutend ist mit der **Auflösung** der stillen Gesellschaft und die Einlage des stillen Gesellschafters überdies laut gesetzlicher Bestimmung von vornherein in das Vermögen des Komplementars übergegangen ist.

Ein grundsätzlicher Gegensatz besteht bei beiden Gesellschaften hinsichtlich der »Einlagen« der Gesellschafter. Die Bestimmung, dass der stille Gesellschafter sich mit einer **Vermögenseinlage** an dem Handelsgewerbe eines andern beteiligt, während die Gesellschafter des B. G. B. sich nur verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes zu fördern, ist von erheblicher praktischer und rechtlicher Bedeutung. Dort wird eine **Vermögenseinlage** vorausgesetzt, hier nur allgemein die Förderung eines gemeinsamen Zweckes verlangt insbesondere durch Leistung von **Beiträgen.** Die Entscheidung der Frage, ob die Leistungen eines Gesellschafters des B. G. B. einen Vermögenswert haben müssen, ist davon abhängig, ob nach dem bürgerlichen Rechte die Leistungen überhaupt einen Vermögenswert haben müssen. Nach gemeinem Recht war dies überaus bestritten.[5]) Für das B. G. B. ist nach der herrschendenden Meinung von einem solchen Erfordernis abzusehen, da das Gesetzbuch sonst eine ausdrückliche Bestimmung hierüber hätte aufnehmen müssen.[6])

Die Förderung des Zweckes einer Gesellschaft des B. G. B.

---

[1]) B. G. B. § 725 Abs. 1; C. P. O. § 859 Abs. 1 Satz 1; Denkschrift z. Entw. des B. G. B. S. 88.

[2]) C. P. O. § 736; Denkschrift a. a. O.

[3]) Es sind allerdings auch Gläubiger des stillen Gesellschafters wegen dieses stillen Gesellschaftsverhältnisses denkbar, z. B. wenn er sich für einzelne Geschäfte des Komplementars verbürgt hat.

[4]) B. G. B. § 738 Abs. 1 Satz 1.

[5]) Dernburg Pand. Bd. II S. 52.

[6]) Cosack, bürg. R. I. S. 282 f; Planck II, 5 f.; Knoke S. 18. Motive II, 3. A. M. Dernburg, bürg. R. II, 1 S. 186; Endemann bürg. R. I, 468.

kann auf die mannigfachste Weise geschehen, der Ausdruck »Beitrag« ist im weitesten Sinne des Wortes zu verstehen. Schon die Hergabe des Namens eines einflussreichen Mannes kann dazu »beitragen«, den Gesellschaftszweck zu erreichen.[1]) Ebenso werden Leistungen von Diensten und die Ueberlassung eines Gegenstandes zum Gebrauch ausdrücklich als »Beiträge« anerkannt.[2])

Bei der stillen Gesellschaft wäre der Name des stillen Gesellschafters als Einlage schon deshalb unmöglich, weil er in der Firma des Komplementars nicht enthalten sein darf.[3]) Die Einlage des stillen Gesellschafters muss eine **Vermögenseinlage**[4]) sein, in Geld braucht sie nicht notwendig zu bestehen, es können vielmehr auch Sacheinlagen z. B. Grundstücke, Gebäude, Maschinen, oder auch Forderungen, Nutzungsrechte, Wechsel, Patente u. s. w. eingebracht werden.[5]) Erforderlich ist nur, dass die Einlage einen Vermögenswert habe. Es genügt aber nicht, dass sie für den Geschäftsinhaber von Wert sei, sondern sie muss, wie Lastig[6]) sich ausgedrückt hat, »bereits in der Hand des stillen Gesellschafters den Charakter des Kapitals tragen.« Die von Renaud u. a.[7]) vertretene Ansicht, dass z. B. blosse Dienstleistungen des stillen Gesellschafters eine Vermögenseinlage seien, dürfte zu verwerfen sein.[8]) Gegen diese Ansicht ist vor allem Lastig[9]) aufgetreten, indem er anführte, dass dagegen auch die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches sprächen, dass der stille Gesellschafter bis zum Betrage seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage am Konkurse teilnehme und dass seine Einlage durch Verlust vermindert werden könne, ferner dass sie bei der Auseinandersetzung in Geld zurückzuzahlen sei, und soweit sie den Betrag seines Verlustanteiles übersteige, als Konkursforderung geltend gemacht werden könne.

Es ist allerdings zuzugeben, dass dieser Einwand Lastigs nicht stichhaltig ist; denn von alledem kann auch in dem Falle keine Rede sein, wenn die Einlage des stillen Gesellschafters in einem Gebrauchs- oder Nutzungsrechte besteht, und doch ist auch Lastig für die Zulässigkeit von Einlagen dieser Art.

Dass Dienstleistungen einen Vermögenswert darstellen können, ist zweifellos, aber es ist dies erst in dem Augenblicke der Fall, wenn sie wirklich geleistet worden sind.[10]) Durch das blosse

---

[1]) Planck II S. 458; Cosack a. a. O. II, 373; Dernburg a. a. O. II, 540. R. G. Bd. XXXVII S. 61.

[2]) B. G. B. § 706 Abs. 3; § 733 Abs. 2 Satz 3.

[3]) H. G. B. § 18 Abs. 1.

[4]) H. G. B. § 335 Abs. 1.

[5]) Anschütz & von Völderndorff S. 878; Lehmann-Ring S. 665 Nr. 7; Löwy a. a. O. S. 28.

[6]) Lastig in Endemanns Handbuche I, 705.

[7]) Renaud a. a. O. S. 80; von Hahn S. 770 in Verb. mit S. 550; Puchelt S. 518; Behrend S. 660; Lehmann-Ring a. a. O. S. 665.

[8]) Lastig a. a. O.; Anschütz & von Völderndorff a. a. O.

[9]) Lastig a. a. O.

[10]) von Borch a. a. O. S. 42.

Versprechen von Dienstleistungen erlangt aber der Komplementar keinen Vermögenswert, über den er verfügen kann. Denn die Einlage des stillen Gesellschafters soll in das Vermögen des Komplementars übergehen, sie soll einen Bestandteil seines Vermögens bilden, sie muss also auch der Verfügungsgewalt des Komplementars unterworfen sein. Wie aber, wenn der stille Gesellschafter sich weigerte, die versprochenen Dienste zu leisten? Ein Zwangsmittel würde dem Komplementar in diesem Falle gegen den stillen Gesellschafter nicht zustehen. Er könnte höchstens einen Druck auf ihn ausüben durch die Drohung, das Gesellschaftsverhältnis zu kündigen.

Die Ansicht Renauds u. a., dass die Einlage des stillen Gesellschafters auch in Dienstleistungen bestehen könne, ist denn auch mit Recht ausser von Lastig und Anschütz & von Völderndorff neuerdings namentlich von Staub und Makower verworfen worden.[1])

Sind demnach Dienstleistungen keine Vermögenseinlage im Sinne des H. G. B. § 335 Abs. 1, so ergiebt sich damit von selbst die Haltlosigkeit der Ansicht Renauds,[2]) dass die Dienstleistungen des stillen Gesellschafters den Geldbetrag darstellen, der das Maass seiner Beteiligung an dem Unternehmen des Komplementars bestimme, und dass dieser Geldbetrag dem stillen Gesellschafter bei der Auflösung der stillen Gesellschaft auszuzahlen sei beziehungsweise von ihm im Falle des Konkurses des Komplementars als Konkursforderung geltend gemacht werden könne.

Aber selbst wenn man die Zulässigkeit von Dienstleistungen als Einlage des stillen Gesellschafters zugeben wollte, würden wir bei der Auseinandersetzung zu keinen unbilligen Resultate kommen, etwa weil der eine seine ganze Zeit und Arbeitskraft vergebens für den Gesellschaftszweck verwandt habe, während der andere sein volles eingezahltes Kapital zurück erhielte. Denn dieses Resultat ist in Wahrheit keineswegs unbillig. Die Vereinigung beider Gesellschafter erfolgte doch zu dem Zwecke, um gemeinsam an den Erträgnisssn teilzunehmen, die sie aus dem Zusammenwirken von Kapital und Arbeitskraft oder Intelligenz erhofften. Blieb aber der Erfolg aus, war der Gewinn z. B. gleich Null, so verliert eben der eine die Erträgnisse seines Kapitals — nennen wir sie Zinsen oder Gewinn —, der andere das Aquivalent für die geleisteten Dienste.[3]) Auf demselben Standpunkte steht auch

---

[1]) Staub, Commentar 6. Aufl. S. 997 im Gegensatz zur 5. Aufl. S. 669; Makower, Commentar S. 851; ebenso Löwy a. a. O. S. 27 und von Borch a. a. O. S. 42; a. M. Lehmann-Ring a. a. O. S. 665.

[2]) Renaud a. a. O. S. 80 f.

[3]) So auch von Vangerow Pand. III S. 476; Dernburg Pand. II; S. 346 Anm. 5.

das B. G. B., das in dem § 733 Abs. 2 Satz 3 ausdrücklich bestimmt, dass für Einlagen, die in der Leistung von Diensten bestanden haben, — was für die Gesellschaft des B. G. B. gemäss § 706 Abs. 3 zulässig ist — kein Ersatz bei der Auseinandersetzung verlangt werden kann. Nun enthält allerdings diese Bestimmung des B. G. B. wie die Mehrzahl der übrigen aus dem Gesellschaftsrecht kein zwingendes Recht. Es stände also den Gesellschaftern frei, von § 733 Abs. 2 Satz 3 abweichende Bestimmungen zu treffen. Verfehlt wäre es aber, hieraus zu schliessen, dass Dienstleistungen deshalb eine Vermögenseinlage seien.

Aber mit Rücksicht darauf, dass das H. G. B. eine bestimmte Mindesthöhe der Einlage des stillen Gesellschafters nicht vorschreibt und überdies auch nicht verlangt, dass sie wirklich eingezahlt werde, da es wiederholt von rückständiger Einlage redet, und wenn man ferner erwägt, dass der stille Gesellschafter vom Verluste ausgeschlossen werden kann, so ist es sehr wohl möglich, dass die **thatsächliche Leistung** eines stillen Gesellschafters darin besteht, dass er lediglich seine Arbeitskraft dem Handelsgewerbe des Komplementars widmet, aber eine Vermögenseinlage im Sinne des H. G. B. ist **dann** nicht vorhanden, wenn **nur** Dienstleistungen versprochen werden. Mag Letzteres auch für den Komplementar im gegebenen Falle von ungleich grösserem Werte sein als Baar- oder Sacheinlagen, zum Wesen der stillen Gesellschaft gehört, dass eine wirkliche Vermögenseinlage gemacht oder versprochen wird, auf die Höhe kommt es hierbei nicht an. Eine etwaige Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, dass der stille Gesellschafter **ausser** der Leistung einer Vermögenseinlage noch im Geschäfte des Komplementars thätig sein solle, wäre selbstverständlich ohne Zweifel zulässig.

III. Besonderer Teil.

Rechtsverhältnisse bei beiden Gesellschaften während des Bestehens.

§ 4.

Rechtsverhältnisse der Gesellschafter unter einander.

Während die Geschäftsführung den Gesellschaftern des B. G. B. im Zweifel gemeinsam zusteht und nur durch Vertrag oder Beschluss der Gesellschafter einzelnen entzogen werden kann[1]), liegt sie bei der stillen Gesellschaft einzig und allein in den Händen des Komplementars, den wir, da es sich hierbei um sein eigenes Geschäft handelt, als den »geborenen« Geschäftsführer bezeichnen können. Dem stillen Gesellschafter, der sich an einem ihm fremden Unternehmen beteiligt, ist die Geschäftsführung gesetzlich

[1]) B. G. B. §§ 709 Abs. 1; 710 Abs. 1; 712 Abs. 1.

ebenso wie dem Kommanditisten[1]) versagt, wohl aber kann sie ihm vertraglich zugestanden werden. Ueber den Umfang entscheidet in diesem Falle der Gesellschaftsvertrag, nach dem sich auch die sonstigen Rechte und Pflichten des stillen Gesellschafters bestimmen, soweit nicht gesetzliche Hindernisse entgegenstehen.

Der Gesellschaftsvertrag des B. G. B. ist ein gegenseitiger Vertrag. Gleichwohl ist es zweifelhaft,[2]) ob die allgemeinen Bestimmungen der §§ 320 ff. über die gegenseitigen Verträge auf die Gesellschaft anwendbar sind. Die Entscheidung dieser Frage hängt davon ab, ob diese Bestimmungen lediglich für **die** Verträge gegeben sind, bei denen es sich um den **Austausch** von Leistungen unter den Vertragschliessenden handelt, oder ob sie auf **alle** gegenseitigen Verträge auszudehnen sind.[3]) Der ersten Auffassung neigt Dernburg[4]) zu, für die andere tritt — wenigstens im Prinzip — die Mehrzahl der Schriftsteller[5]) ein, wenngleich sie hinsichtlich der Anwendbarkeit der einzelnen Bestimmungen zu verschiedenen Ergebnissen gelangen. Das B. G. B. spricht in den §§ 320 ff. allgemein von gegenseitigen Verträgen; man wird deshalb, da die Verpflichtungen der Gesellschafter nach § 705 gegenseitige sind, der Ansicht Dernburgs nicht ohne Weiteres beitreten können und wenigstens die **Möglichkeit** der Anwendbarkeit dieser Bestimmungen als gegeben erachten müssen.

Auch auf die stille Gesellschaft erscheinen die §§ 320 ff. des B. G. B. — wenigstens im Prinzip — anwendbar, da auch bei ihr gegenseitige Verpflichtungen durch den Gesellschaftsvertrag erzeugt werden.

Allerdings wird sowohl bezüglich der Gesellschaft des B. G. B. wie der stillen Gesellschaft im Einzelnen zu prüfen sein, ob die Anwendbarkeit der fraglichen Bestimmungen mit Rücksicht auf die für beide Gesellschaften gegebenen besonderen Bestimmungen, insbesondere auf die Natur der Gesellschaften auch möglich ist.

Was zunächst die Einrede des nicht erfüllten Vertrages anbetrifft, so ist sie dem stillen Gesellschafter nicht gegeben, da er vorzuleisten hat.[6]) Auch einem Gesellschafter des B. G. B. ist diese Einrede zu versagen, vorausgesetzt, dass wenigstens der klagende Gesellschafter mit seinem Beitrage nicht im Rückstande ist. Denn bestand z. B. die Gesellschaft aus den Mitgliedern A. B. C. und D., so beruhen die gegenseitigen Verpflichtungen der Gesellschafter nicht etwa darin, dass A. die von ihm versprochene Leistung an B., C. und D. zu bewirken hat, B. an A., C. und D.

---

[1]) H. G. B. § 164.
[2]) Dernburg, bürg. R. II. S. 537; Planck II. S. 453.
[3]) So Planck, Commentar II. S. 453.
[4]) Dernburg a. o. O.
[5]) Cosack, bürg. R. II, 374; Ennecerus-Lehmann I, 653; Windscheid-Kipp II, 731 ff; Knoke 46 ff.; Matthiass I, 623; Oertmann S. 443; Planck II, 454; v. Staudinger II, 543.
[6]) H. G. B. § 335 Abs. 1; B. G. B. § 320 Abs. 1 S. 1.

u. s. f., sondern die Leistung eines jeden Gesellschafters hat an alle zu erfolgen, da nach B. G. B. § 718 Abs. 1 die Beiträge gemeinschaftliches Vermögen aller Gesellschafter werden. Sind also z. B. die Gesellschafter C. und D. mit ihren Leistungen rückständig, so kann, wenn A. oder B. gegen C. auf Leistung seines Beitrages an alle Gesellschafter klagt,[1]) C. nicht einwenden, dass D. noch nicht geleistet habe,[2]) da C. jedem der Mitgesellschafter gegenüber seine Verpflichtung zur Beitragsleistung an alle Gesellschafter übernommen hat und es sich hier um eine durch ihren Zweck unteilbare Leistung handelt.[3]) Das Interesse eines jeden Gesellschafters ist durch das ihm für diesen Fall gegebene Kündigungsrecht genügend gewahrt, möglicherweise tritt auch gemäss § 726 die Auflösung der Gesellschaft von selbst ein.

Die Anwendung des § 321 des B. G. B., wonach derjenige, der aus einem gegenseitigen Vertrage vorzuleisten verpflichtet ist, die ihm obliegende Leistung zu verweigern berechtigt ist, »wenn nach Abschluss des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des andern Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird,« ist auf die Gesellschaft des B. G. B. unanwendbar, denn der zur Vorleistung verpflichtete Gesellschafter würde zwar, wenn in der Person eines Gesellschafters eine wesentliche Verschlechterung seiner Vermögensverhältnisse einträte, diesem gegenüber nach Massgabe des § 321 des B. G. B. seine Leistung verweigern können, dagegen könnte er es nicht den andern Gesellschaftern gegenüber, da er sich jedem Mitgesellschafter gegenüber verpflichtet hatte. Das Kündigungsrecht des zur Vorleistung verpflichteten Gesellschafters nach Massgabe des § 723 Abs. 1, S. 1 und 2 bleibt hiervon unberührt.

Auf die stille Gesellschaft ist B. G. B. § 321 überhaupt unanwendbar, weil der stille Gesellschafter selbst im Konkurse über das Vermögen des Komplementars zur Einzahlung seiner rückständigen Einlage, soweit sie den ihn treffenden Verlustanteil nicht übersteigt, verpflichtet ist.[4])

Wird die Erfüllung der Beitragspflicht einem Gesellschafter des B. G. B. infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch die übrigen Gesellschafter zu vertreten haben, so würde er, falls B. G. B. § 323 Abs. 1 anwendbar wäre, den Anspruch auf die Gegenleistung verlieren, d. h. die übrigen Gesellschafter würden ihm gegenüber von ihrer Beitragspflicht frei werden. Nun hat aber jeder der andern Gesellschafter das Recht, von jedem seiner Mitgesellschafter die Leistung seines Beitrages an alle Gesellschafter zu verlangen.[5]) Die Gesellschafter können nun aber,

[1]) Nach Kipp (II, 732) könnten nur alle Gesellschafter gemeinsam klagen.

[2]) Dernburg, bürg. R. a. a. O.; Oertmann, S. 443; Planck II, 455.

[3]) B. G. B. § 432 Abs. 2.

[4]) H. G. B. § 341 Abs. 2.

[5]) Plank II, 455.

wenn sie auf Leistung ihres Beitrages belangt werden, nicht die Einrede erheben, dass ein anderer Gesellschafter noch nicht geleistet habe, und deshalb ihre Leistung verweigern. Es würde also insofern eine Kollision eintreten, als die Gesellschafter **einem** Gesellschafter gegenüber zur Leistung ihrer Beiträge nicht verpflichtet, den andern gegenüber aber verpflichtet wären. Wenn aber behauptet wird, dass sobald die Beitragspflicht **einem** Gesellschafter gegenüber nicht bestehe, sie auch den andern gegenüber wegfalle,[1]) so entbehrt dies der rechtlichen Unterlage. Man wird also die Anwendbarkeit des § 323 des B. G. B. auf die Gesellschaft verneinen müssen,[2]) weil dies mit der eigenartigen Natur der Gesellschaft nicht zu vereinbaren ist und ausserdem jeder Gesellschafter durch die ihm nach B. G. B. § 723 Abs. 1 S. 1 u. 2 gegebene Möglichkeit, die Gesellschaft zu kündigen, genügend geschützt ist.

Dies gilt in gleicher Weise bei der unverschuldeten teilweisen Unmöglichkeit der Leistung. Es tritt nicht etwa eine entsprechende Herabsetzung der Beiträge der übrigen Gesellschafter ein.[3])

Planck[4]) unterscheidet hierbei, ob die Gesellschaft aus 2 oder ob sie aus mehr Mitgliedern besteht. In dem ersten Falle hätte nach ihm die unverschuldete Unmöglichkeit der Beitragsleistung die Auflösung der Gesellschaft nach § 323 zur Folge, in dem andern Falle dagegen will er nur das Kündigungsrecht geben. Dies würde also zu dem Ergebnis führen, dass die Gesellschaft verschiedenen Rechtssätzen unterläge, je nachdem sie aus 2 oder aus mehr Mitgliedern bestände. Dass diese Zweiteilung nicht die Auffassung des Gesetzes ist, liegt auf der Hand.[5])

Knoke[6]) meint, dass B. G. B. § 723 nicht den § 323 überflüssig mache. Denn wäre bei der unverschuldeten Unmöglichkeit der einem Gesellschafter obliegenden Leistung nur die Kündigung gegeben, so könnte für etwa geleistete Dienste kein Ersatz verlangt werden. Dass diese Argumentirung nicht überzeugend ist, folgt daraus, dass das Gesetz grundsätzlich auf dem Standpunkte steht, dass für geleistete Dienste eben kein Ersatz beansprucht werden könne.[7]) Auch aus Billigkeitsrücksichten wird man — wenigstens für die Regel — keinen Ersatzanspruch gewähren können, da die Gesellschafter, die lediglich zur Leistung von Diensten verpflichtet sind, sonst besser gestellt wären als die, die Geld- oder Sacheinlagen gemacht haben. Denn diese entbehren in ei-

---

[1]) Knoke S. 47.
[2]) So auch Cosack, bürg. R. II, 375; ferner Kipp II, 732. A. M. Knoke a. a. O.; Matthiass I, 623: Oertmann S. 444; v. Staudinger II, 544.
[3]) S. die vorige Anm.
[4]) Planck II, 454.
[5]) So auch Dernburg bürg. R. II, 537.
[6]) Knoke S. 47.
[7]) B. G. B. § 733 Abs. 2 Satz 3.

nem solchen Falle regelmässig gleichfalls eines Aequivalents für ihre Einlagen, während sie nach der Ansicht Knokes noch aus ihrem Vermögen die Gesellschafter für geleistete Dienste zu entschädigen hätten.

Auch auf die stille Gesellschaft erscheint B. G. B. § 323 unanwendbar. Denn nach H. G. B. § 339 Satz 2 in Verbindung mit B. G. B. § 723 Abs. 1 Satz 2 steht dem Komplementar für den Fall, dass dem stillen Gesellschafter die Leistung seiner Einlage unmöglich wird, dass Recht zu, die stille Gesellschaft zu kündigen. Macht der Komplementar aber von diesem Rechte keinen Gebrauch, so würde der stille Gesellschaftar nach B. G. B. § 323 Abs. 1 den Anspruch auf die Gegenleistung, also auch auf Gewinn verlieren. Dies ist aber mit H. G. B. § 336 Abs. 2 unvereinbar. Denn ebenso wie der stille Gesellschafter an dem Verluste teilnimmt, erhält er auch in diesem Falle einen Anteil am Gewinn und zwar einen den Umständen nach angemessenen.[1]) Das Gleiche gilt bei teilweiser Unmöglichkeit der Leistung des stillen Gesellschafters, es tritt nicht etwa eine entsprechende Minderung seines Gewinnanteils nach Massgabe von B. G. B. § 323 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 472, 473 ein.[2])

Wird die Unmöglichkeit der Beitragsleistung eines Gesellschafters von ihm selbst verschuldet, so haben die übrigen abgesehen von dem Kündigungsrechte noch einen Anspruch auf Schadensersatz gemäss B. G. B. § 280.[3]) Auch hier wird die Anwendung von B. G. B. § 325 unnötig.[4]) Dagegen bleibt das Rücktrittsrecht des § 280 Abs. 2 S. 2 des B. G. B. für die Gesellschafter des B. G. B. aus dem Spiele, da nicht selten bereits Verbindlichkeiten der Gesellschafter entstanden sind, z. B. durch Miete geeigneter Gesellschaftsräume, Aufgabe von Inseraten und dergl., zu deren Erfüllung es der Auseinandersetzung nach Gesellschaftsrecht bedarf.[5]) Die Rückgewähr etwa bereits gemachter Einlagen gemäss B. G. B. §§ 327 Abs. 1 S. 1, 346 Abs. 1 S. 1 ist unzulässig, da hier B. G. B. §§ 723 Abs. 1 S. 1 und 738 Abs. 1 S. 1 entgegenstehen.

Für die stille Gesellschaft gelten in diesem Falle die gleichen Bestimmungen. Nur ist die Rückgewähr der Einlage an den stillen Gesellschafter statthaft, eine Anfechtung kann nur nach Massgabe von H. G. B. § 342 stattfinden.[6])

Im Falle des Verzuges ist der betreffende Gesellschafter gemäss B. G. B. § 286 schadensersatzpflichtig. Ausserdem haben der bezw. die übrigen Gesellschafter das Kündigungsrecht.[7]) An

---

[1]) H. G. B. § 336 Abs. 1.

[2]) Ueber die Frage, inwieweit die Unmöglichkeit oder teilweise Unmöglichkeit der Leistung eines Gesellschafters des B. G. B. auf seinen Gewinnanteil von Einfluss ist, siehe unten § 4.

[3]) So auch Windscheid-Kipp II, 732.

[4]) A. M. Knocke S. 49; Matthiass I, 623.

[5]) Kipp II, 732.

[6]) Vergl. hierüber unten § 10.

[7]) B. G. B. § 723, H. G. B. § 339 Abs. 1.

Stelle des Rücktritts vom Vertrage erfolgt auch hier im Falle der Kündigung die Auseinandersetzung nach Gesellschaftsrecht.[1]) Dies gilt in gleicher Weise für die Gesellschaft des B. G. B. wie für die stille Gesellschaft.

Die Hauptverpflichtung der Gesellschafter des B. G. B. besteht in der Leistung von Beiträgen, die des stillen Gesellschafters in der Leistung einer Vermögenseinlage, die in das Vermögen des Komplementars übergeht,[2]) während die Beiträge der Gesellschafter des B. G. B. ihr gemeinschaftliches Vermögen (Gesellschaftsvermögen) werden.[3]) Dass der Komplementar auch Eigentümer der Einlage des stillen Gesellschafters werde, wie dies früher Art. 250 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches vorschrieb, ist nicht erforderlich, da nach B. G. B. § 90 Sachen nur körperliche Gegenstände sind und die Einlage nicht notwendig in Sachen im Sinne des B. G. B. zu bestehen braucht,[4]) an denen also eine Eigentumsübertragung nicht stattfinden kann.[5])

Der Komplementar der stillen Gesellschaft ist verpflichtet, die Einlage so zu verwenden, wie es im Vertrage bestimmt ist, vor allem für die Zwecke des Handelsgewerbes. Verletzt er diese Verpflichtung, so macht er sich schadensersatzpflichtig und giebt dem stillen Gesellschafter ausserdem das Recht zur sofortigen Kündigung. Im Uebrigen hat er, ebenso wie ein Gesellschafter des B. G. B. bei der Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten für die Sorgfalt einzustehen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.[6]) Diese Bestimmung dürfte in gleicher Weise auch auf den stillen Gesellschafter anwendbar sein. Die Beschränkung der Haftung gemäss B. G. B. § 708 ist aber nur dann anzuerkennen, wenn es sich um Verpflichtungen handelt, die dem Gesellschafter als solchem obliegen; dagegen tritt die Beschränkung nicht ein, wenn ein Gesellschafter infolge eines besonderen Rechtsverhältnisses z. B. eines Kauf- oder Mietsvertrages Verpflichtungen übernommen hat, die nicht aus dem Gesellschaftsverhältnisse entspringen. In diesem Falle richtet sich die Haftung nach den gewöhnlichen Grundsätzen des B. G. B.[7])

Die Bestimmung von B. G. B. § 713 in Verbindung mit § 670, dass die geschäftsführenden Gesellschafter des B. G. B. Ersatz für im Interesse der Gesellschaft gemachte Aufwendungen, die sie den Umständen nach für erforderlich halten durften, verlangen können, gilt entsprechend auch für den Komplementar der stillen Gesellschaft, für den stillen Gesellschafter jedoch nur

---

[1]) Vgl. unten § 9.
[2]) B. G. B. § 705. H. G. B. § 335 Abs. 1.
[3]) B. G. B. § 718 Abs. 1.
[4]) Vgl. oben § 3; von Borch a. a. O. S. 46.
[5]) So auch Makower S. 851.
[6]) B. G. B. § 708.
[7]) So Oertmann S. 446; Planck II, 459; Motive II, 602; Knoke S. 32.

insofern, als ihm die Geschäftsführung übertragen war, sonst richten sich seine Ansprüche nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag.[1]) Dagegen wird die Frage, ob ein Gesellschafter auch Ersatz für einen Schaden verlangen kann, den er zufällig bei Führung der Geschäfte erlitten hat, zumeist verneint.[2]) Hierfür scheint ein Vergleich von B. G. B. §§ 713 und 670 mit H. G. B. § 110 zu sprechen. Denn da das H. G. B. in dem § 110 Abs. 1 einen solchen Ersatzanspruch für die offene Handelsgesellschaft, auf die gemäss H. G. B. § 105 Abs. 2 subsidiär die Vorschriften des B. G. B. über die Gesellschaft Anwendung finden, ausdrücklich aufgestellt hat, könnte man in der That geneigt sein, den Gesellschaftern des B. G. B. einen solchen Anspruch zu versagen. Dies würde jedoch in den meisten Fällen nicht der Billigkeit entsprechen. Gemäss dem allgemeinen Grundsatze von B. G. B. § 157, dass Verträge so auszulegen seien, wie Treu und Glauben es mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern, dürfte den Gesellschaftern und zwar sowohl des B. G. B. wie der stillen Gesellschaft ein Ersatzanspruch für solchen Schaden zu gewähren sein, der sich unmittelbar aus den im Interesse der Gesellschaft unternommenen Ausführungshandlungen, die sie den Umständen nach für erforderlich halten durften, ergeben hat.[3])

Die Gewinn- und Verlustverteilung richtet sich bei beiden Gesellschaften zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage, der wegen der grossen Wichtigkeit derselben regelmässig nähere Bestimmungen enthalten wird. Fehlt es gleichwohl hieran, so erfolgt die Verteilung bei der Gesellschaft des B. G. B. ohne Rücksicht auf die Art und Höhe der Beiträge der einzelnen Gesellschafter nach Köpfen.[4]) Ist nur der Anteil am Gewinn oder am Verlust be-

---

[1]) B. G. B. §§ 677—687.

[2]) Cosack, bürg. R. II, 377; Knoke S. 69; Matthiass I, 626, Note 2; Planck II, 463. Ueber die ältere Litteratur zu dieser Frage vgl. Oertmann S. 403 f.

[3]) So auch Dernburg, bürgerl. R. II, 375; Oertmann S. 404.

[4]) Dass mangels näherer Bestimmungen im Gesellschaftsvertrage der Gewinn nach Köpfen zu verteilen sei, erscheint trotz der Fassung von B. G. B. § 722 Abs. 1 für den Fall bedenklich, wenn ein Gesellschafter nur einen Teil seines versprochenen Beitrages geleistet hat und die Gesellschaft trotzdem bestehen bleibt, weil keiner der übrigen Gesellschafter von dem ihm zustehenden Kündigungsrechte Gebrauch gemacht hat. Es wird wohl in diesem Falle B. G. B. § 157 eingreifen und die Verteilung des Gewinnes nach Köpfen nur unter der stillschweigenden Voraussetzung, dass die versprochenen Beiträge auch in der vertragsmässigen Höhe geleistet werden, als gewollt anzunehmen sein. Gehen z. B. die Bereiter A. B. und C. eine Gesellschaft ein, um gemeinschaftlich ein Institut zur Erteilung von Reitunterricht zu betreiben, und hatte z. B. A. sich verpflichtet, 6000 Mark, B. und C. je 6 Pferde im Werte von je 1000 Mark einzubringen, so würde, wenn B. nur die Leistung von 3 Pferden möglich wird, der Gewinn wohl in den Umständen nach angemessener Weise verteilt werden müssen, etwa nach Analogie von H. G. B. § 121, indem jeder Gesellschafter zunächst 4 vom hundert seines Gesellschaftsanteils erhielte, während der Rest nach Köpfen zu verteilen wäre.

stimmt, so gilt diese Bestimmung im Zweifel für Gewinn **und** Verlust.[1]) Bei der stillen Gesellschaft würde die Gewinnverteilung nach Köpfen ohne Rücksicht auf die Art und Höhe der Einlagen der Gesellschafter nicht der Billigkeit entsprechen, da der stille Gesellschafter sich nur mit einer Einlage an dem Handelsgewerbe des Komplementars beteiligt, während dieser **regelmässig** seine ganze Arbeitskraft seinem Unternehmen widmet und, wenn er auch nicht immer sein gesammtes Vermögen für die Zwecke seines Handelsgewerbes verwendet, so doch mit dem ganzen Vermögen haftbar ist. Da also die Stellung der Teilnehmer bei der stillen Gesellschaft eine ungleiche ist, indem auf Seiten des stillen Gesellschafters nur eine vertragsmässige Beteiligung an einem fremden Handelsgewerbe vorliegt, gilt bei der stillen Gesellschaft im Zweifel ein den Umständen nach angemessenes Verhältnis für die Gewinn- und Verlustberechnung als bedungen.[2]) Die analoge Anwendung von H. G. B. § 168 in Verbindung mit § 121, wonach zunächst eine Vorausverteilung von 4 vom hundert bezw. eines geringeren Satzes von dem Kapitalanteile der Gesellschafter stattfindet, ist zwar nicht gegeben, es dürfte dies aber in vielen Fällen eine »den Umständen nach angemessene« Verteilung sein.[3]) Dass der stille Gesellschafter von der Teilnahme am Verluste ausgeschlossen werden kann, hat das neue H. G. B. ausdrücklich anerkannt und hiermit eine frühere Streitfrage beseitigt.[4]) Die Beteiligung am Gewinn kann dagegen nicht ausgeschlossen werden, eine Bestimmung, die auch für die Gesellschaft des B. G. B. gilt.[5])

Der Ausschluss vom Verluste muss jedoch ausdrücklich im Vertrage enthalten sein, er ist nicht etwa schon dann anzunehmen, wenn in dem Vertrage nur von der Art der **Gewinn**verteilung die Rede ist,[6]) denn es ist möglich, dass die Parteien beim Abschluss des Gesellschaftsvertrages nicht daran gedacht haben, dass sich in einem Jahre auch ein Verlust ergeben könne. Ist der Betrag, bis zu welchem der stille Gesellschafter oder ein Gesellschafter des B. G. B. am Verluste teilnimmt, im Vertrage nicht bestimmt, so ist er der Höhe der Einlage gleich.

Zulässig ist auch die Bestimmung, dass der Gewinn nach einem anderen Verhältnisse berechnet werde, als der Verlust. In diesem Falle ist aber der Gewinnanteil nicht von den Geschäften zu berechnen, die Gewinn gebracht haben, und der Verlustanteil von denen, die Verlust ergeben haben, sondern es ist das Ender-

---

[1]) B. G. B. § 722 Abs. 2.
[2]) H. G. B. § 336 Abs. 1.
[3]) So auch Makower S. 854.
[4]) H. G. B. § 336 Abs. 2.
[5]) Dernburg Pand. II. 346 Anm. 8; Knoke S. 13; Makower a. a. O; Oertmann S. 443; Löwy a. a. O. S. 31 f.; von Borch a. a. O. S. 49; a. M. Dernburg, bürg. R. II S. 550.
[6]) Staub, S. 1002, Anm. 2 zu § 336, Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht Bd. XV S. 285, 286; Busch, Archiv Bd. XII S. 174.

gebnis des Jahres massgebend, das nur gewinn- **oder** verlustbringend sein kann. Unter Gewinn ist der Betrag zu verstehen, um den sich das in die Gesellschaft eingelegte Kapital unter Berücksichtigung der vorhandenen Forderungen und Schulden nach Ablauf eines bestimmten Zeitraumes, also regelmässig eines Jahres, vermehrt, unter Verlust umgekehrt der Betrag, um den sich dieses Kapital in der gleichen Zeit vermindert hat.[1])

Zu einer Erhöhung der Einlage ist der stille Geseltschafter ebenso wenig wie ein Gesellschafter des B. G. B. verpflichtet.[2]) Sie sind hierzu aber auch nicht einmal **berechtigt.**[3]) Denn mit der Erhöhung der Einlagen und der häufig damit Hand in Hand gehenden Ausdehnung der Geschäfte wächst auch das Risiko, das regelmässig alle Gesellschatter und nicht bloss der seine Einlage einseitig erhöhende zu tragen haben. Dies gilt sowohl für die stille Gesellschaft wie für die Gesellschaft des B. G. B., man braucht hierbei nur an die Vereinigungen von Kaufleuten zu einzelnen Handelsgeschäften oder an die Gesellschaften der Minderkaufleute zu denken, deren Rechtsverhältnisse sich nach der Gesellschaft des B. G. B. richten. Wenn also die Motive a. a. O. in der einseitigen Erhöhung der Einlage eines einzelnen Gesellschafters eine Verletzung des Gesellschaftsvertrages erblicken, so ist dem zuzustimmen. Es ist dies durchaus nicht, wie Oertmann a. a. O. meint, eine mehr originelle als beweiskräftige Idee der Motive. Freilich werden der Komplementar der stillen Gesellschaft sowohl wie die Gesellschafter des B. G. B. meist eine solche Erhöhung nicht ungern sehen, niemals kann sie ihnen aber gegen ihren Willen aufgezwungen werden.

Während aber mangels einer entsprechenden Bestimmung im Gesellschaftsvertrag der stille Gesesellschafter zur Erhöhung seiner Einlage niemals gezwungen werden kann,[4]) sind die Gesellschafter des B. G. B. unter Umständen zu einer **Nachschussleistung** über den Betrag ihrerEinlage hinaus verpflichtet, nämlich wenn bei der Auflösung der Gesellschaft das Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger und zur Rückerstattung der Einlagen aller Gesellschafter nicht ausreicht.[5])

Ebenso wie der Verlustanteil des stillen Gesellschafters beschränkt oder ganz aufgehoben werden kann,[6]) ist es andererseits auch zulässig, dass sein Gewinnanteil nach oben begrenzt wird.[7]) Nicht statthaft dürfte dagegen die Zusicherung eines festen Zinses ohne jede weitere Gewinnbeteiligung sein. Dies ist allerdings sehr

---

[1]) Dernburg Pand II S. 345; Oertmann S. 457.
[2]) B. G. B. § 707.
[3]) Motive II, 597; Cosack bürg. R. II, 375. A. M. für die Gesellschaft des B. G. B. Oertmann S. 446.
[4]) H. G. B. § 337 Abs. 2 S. 1.
[5]) B. G. B. § 735.
[6]) H. G. B. § 336 Abs. 2.
[7]) Behrend Handelsrecht S. 662 Anm. 24.

bestritten.[1]) Von einer Gewinnbeteiligung[2]) wird man nicht gut sprechen können, wenn dem stillen Gesellschafter ein für alle Mal feste Bezüge zugesichert werden, auf deren Höhe die Höhe des erzielten jährlichen Geschäftsgewinnes völlig ohne Einfluss bleibt.[3]) Wohl aber dürfte es zulässig sein, dass dem stillen Gesellschafter ein bestimmter Mindestgewinn garantirt wird, da er dann an dem etwa erzielten höheren Gewinn noch teilnehmen könnte.[4]) Der stille Gesellschafter würde also auf den ihm garantirten Gewinnanteil auch dann Anspruch erheben können, wenn ein Geschäftsjahr mit einem Verlust abschliesst. Diesen Gewinnanteil werden wir sowohl wirtschaftlich wie rechtlich wohl richtiger als eine Entschädigungssumme bezeichnen müssen, da man von einem Anteile am **Gewinn** nicht gut sprechen kann, wenn ein Geschäftsjahr **Verlust** ergeben hat. Die Auszahlung dieses sog. Gewinnanteils bedeutet in diesem Falle für den Komplementar eine Vergrösserung seines Geschäftsverlustes, eine Erhöhung der vorhandenen Unterbilanz. Der stille Gesellschafter kann dementsprechend auf einen Anteil am Gewinn über den ihm garantirten Mindestgewinn hinaus erst dann Anspruch erheben, wenn auch der durch die Auszahlung dieses garantirten Mindestgewinnes erhöhte Verlustbetrag des Komplementars durch späteren Gewinn wieder ausgeglichen und darüber hinaus ein entsprechender Geschäftsgewinn vorhanden ist.

Ein Gesellschaftsvertrag, der die Zusicherung ein für alle Mal fester Bezüge an den stillen Gesellschafter enthielte, würde aber nicht schlechthin nichtig sein. Sofern anzunehmen ist, dass die stille Gesellschaft auch ohne diese Bestimmung zustande gekommen wäre,[5]) würde das Vertragsverhältnis so aufzufassen sein, als ob die Anteile am Gewinn und Verlust nicht bestimmt wären, und daher Gewinn und Verlust gemäss H. G. B. § 336 Abs. 1 in den Umständen nach angemessener Weise zu verteilen sein.

Auch für die Gesellschaft des B. G. B., das die Frage, ob einem Gesellschafter ein fester Zins zugesichert werden könne, nicht ausdrücklich entscheidet, wird man sich wohl dahin entscheiden müssen, dass die Zusicherung einer festen Vergütung in der Art, dass ein Gesellschafter niemals mehr, aber auch niemals weniger zu beanspruchen habe, unzulässig sei. Es würde dann an der gemäss B. G. B. § 705 geforderten Gemeinschaftlichkeit des Zweckes fehlen, wenn ein Gesellschafter ohne Rücksicht darauf, ob die Gesellschaft Gewinn oder Verlust ergeben hat, stets einen ein für alle Mal feststehenden Betrag erhielte, so dass ein Interesse an dem Gedeihen der Gesellschaft bei ihm nicht vorhanden sein dürfte.[6])

---

[1]) Behrend S. 662; Lastig a. a. O. S. 706; v. Hahn, Commentar zu Art. 250 Note 3; 255 § 3; Endemann, Handelsrecht S. 184 Note 26.

[2]) H. G. B. § 336 Abs. 2 a. E.

[3]) Staub S. 997; Makower S. 851; Lehmann-Ring S. 666 No. 9; R. G. Bd. 31 S. 74; Bd. 20 S. 165.

[4]) Makower a. a. O.; Staub a. a. O.; Knoke S. 53.

[5]) B. G. B. § 139.

[6]) v. Staudinger II, 542; Knoke S. 13 f.

Dagegen wird man die Garantie eines bestimmten Mindestgewinnes gegenüber einem Gesellschafter für zulässig erachten dürfen, da die Möglichkeit, an dem Gewinn über diesen Mindestbetrag hinaus teilzunehmen, von dem Gedeihen der Gesellschaft abhängig und auch bei diesem Gesellschafter ein Interesse für die gedeihliche Entwickelung der Gesellschaft als vorhanden anzunehmen ist.[1])

Die Berechnung des Gewinnes und Verlustes erfolgt bei der stillen Gesellschaft alljährlich **für den Schluss** eines Geschäftsjahres.[2]) Der festgesetzte Gewinnanteil wird an den stillen Gesellschafter ausgezahlt. So lange dessen Einlage aber durch den Verlust eines oder mehrerer früheren Jahre vermindert ist, wird der Gewinn zunächst zur Ergänzung derselben verwendet. Jedoch braucht der stille Gesellschafter einmal bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste nicht wieder herauszugeben, wohl aber wenn die Bilanz, auf Grund deren ihm der Anteil an dem angeblich erzielten Gewinn ausgezahlt worden war, irrtümlich aufgestellt war, mag er den Gewinn in gutem Glauben empfangen haben oder nicht.[3])

Im Vertrage kann auch verabredet werden, dass der Gewinn stehen bleibe und zur Vermehrung der Einlage des stillen Gesellschafters diene. Bei dem Mangel einer solchen Bestimmung bildet aber der nicht erhobene Gewinn nur ein Guthaben,[4]) das jedoch bei etwaigen späteren Verlusten nicht zur Ergänzung der Einlage zurückbehalten werden darf, da sonst die Bestimmung von H. G. B. § 337 Abs. 2 S. 1, dass der stille Gesellschafter nur bis zum Betrage seiner **Einlage** am Verluste teilnehme, illusorisch wäre.

Bei der Gesellschaft des B. G. B. erfolgt die Rechnungslegung und die Gewinn- und Verlustverteilung erst nach Auflösung der Gesellschaft. Diese Regelung würde aber nicht allen Gesellschaften, wie z. B. den der Minderkaufleute gerecht werden, deshalb giebt B. G. B. § 721 Abs. 2 die Auslegungsregel, dass bei Gesellschaften von längerer Dauer die **Gewinn**verteilung im Zweifel alljährlich[5]) zu erfolgen habe. Ergiebt aber ein Geschäftsjahr einen Verlust,

---

[1]) Knoke S. 53; v. Staudinger S. 542.

[2]) H. G. B. § 337 Abs. 1 sagt: „am Schlusse jedes Geschäftsjahres." (Vergl. auch H. G. B. § 120 Abs. 1 bezüglich der offenen Handelsgesellschaft.) Diese Bestimmung ist ungenau; denn die Feststellung von Gewinn und Verlust wird, wenn es sich nicht gerade um ein winziges Handelsgewerbe handelt, häufig schon deshalb nicht am Schlusse des Geschäftsjahres erfolgen können, weil die Aufnahme des Inventars meist längere Zeit in Anspruch nimmt. Vergl. z. B. die Fristen von 3 bezw. 6 Monaten in H. G. B. § 260 Abs. 2 betreffs der Bilanzaufstellung der Aktiengesellschaften. Uebrigens sagt H. G. B. § 39 Abs. 2, dass Inventur und Bilanz für den Schluss eines jeden Geschäftsjahres aufzustellen seien und zwar innerhalb der einem ordnungsmässigen Geschäftsgange entsprechenden Zeit.

[3]) Staub S. 1004 Anm. 7; Puchelt S. 526; Nürnberger Protokolle S. 1088 f.

[4]) H. G. B. § 337 Abs. 3.

[5]) Auch das B. G. B. (§ 721 Abs. 2) sagt: „am Schlusse jedes Geschäftsjahres." Vergl. auch die hier zutreffenden Bemerkungen unter Anm. 2. Cosack, bürg. R. II, 379 Note 40 nimmt ein Redaktionsversehen an.

so kann dieser erst bei der Auflösung der Gesellschaft verteilt werden.[1]) Von dem Vorhandensein eines Gewinnes kann immer erst dann die Rede sein, wenn ein früherer Verlust wieder ausgeglichen ist. Wenn aber Knoke a. a. O. S. 54 meint, dass dieser Verlust in der nächsten Jahresrechnung als Passivum erscheine, so ist das ein Irrtum. Denn dieser Verlust ist weder eine Schuld der Gesellschaft an die einzelnen Gesellschafter, — es kann also z. B. ein ausscheidender Gesellschafter, wenn der zur Zeit seines Ausscheidens vorhandene Verlust durch späteren Gewinn wieder ausgeglichen worden ist, nicht etwa die Auszahlung eines entsprechenden Betrages verlangen, — noch erscheint er in der Jahresrechnung als Passivum d. h. auf der Passivseite der Bilanz. Dies wird klar, wenn wir uns vergegenwärtigen, dass Verlust den Betrag bedeutet, um den die Passiva die Aktiva übersteigen. Da die Bilanz (franz. von balancer ausgleichen) eine Ausgleichung der Aktiv- und Passivseite und zwar entweder durch Gewinn oder Verlust enthält, so kann, wenn die Aktiva geringer sind als die Passiva, wenn also ein Verlust vorhanden ist, dieser Verlust nur auf der Aktivseite erscheinen.

Bezüglich der Frage, ob der Komplementar der stillen Gesellschaft verpflichtet sei, Bücher zu führen, ist zu unterscheiden, ob er Vollkaufmann oder bloss Minderkaufmann ist. In dem ersten Falle hat er diese Verpflichtung zweifellos, in dem andern Falle dagegen braucht er an sich keine Bücher zu führen.[2]) Nun steht aber dem stillen Gesellschafter das Recht zu, die abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der »Bücher« und Papiere zu prüfen.[3]) Man wird den Komplementar deshalb von der Pflicht zur Buchführung nicht ganz befreien können, da sonst das Kontrolrecht des stillen Gesellschafters illusorisch wäre.[4]) Das Vertragsverhältnis zwischen dem Komplementar und dem stillen Gesellschafter soll, wie alle Verträge, von Treu und Glauben getragen sein.[5]) Man wird also mindestens eine Spezifizirung der Einnahmen und Ausgaben verlangen dürfen; einfache Pauschalangaben können dagegen unmöglich genügen, sie würden eine Kontrole undenkbar machen. Abgesehen hiervon finden die Vorschriften des H. G. B.[6]) über die Handelsbücher auf den Komplementar, der Minderkaufmann ist, keine Anwendung.

Auch von den geschäftsführenden Gesellschaftern des B. G. B. wird man, wenn auch nicht gerade die Führung von in kaufmännischer Weise eingerichteten Büchern, so doch wenigstens eine Spezifizirung von Einnahmen und Ausgaben verlangen dürfen, so

---

[1]) B. G. B. §§ 721 Abs. 1, 735.
[2]) H. G. B. §§ 38, 4.
[3]) H. G. B. § 338 Abs. 1. Vergl. auch die analoge Bestimmung über die Kommanditgesellschaft in H. G. B. § 166.
[4]) So auch Behrend S. 672 Anm. 19; Staub, S. 1005 Anm. 4 u. 5.
[5]) B. G. B. § 157.
[6]) H. G. B. §§ 38—47.

dass jedem Gesellschafter die Anfertigung einer Uebersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens ermöglicht wird.[1])

Die Kontrolrechte des stillen Gesellschafters sind weniger weitgehend als die den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschaftern des B. G. B. gewährten. Denn diese haben das Recht, sich jederzeit von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich zu unterrichten, während der stille Gesellschafter nur die abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz zu verlangen berechtigt ist, allerdings unbeschadet des Rechts, ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere der Gesellschaft zu prüfen.

Die Kontrolrechte können durch Vertrag erweitert oder beschränkt werden, aber eine Beschränkung wirkt dann nicht, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht.[2]) Es haben dann sowohl der stille Gesellschafter wie die Gesellschafter des B. G. B. jederzeit das Kontrolrecht, der stille Gesellschafter jedoch nur auf Antrag durch gerichtliche Anordnung.

Das Kontrolrecht darf jeder Gesellschafter aber nur persönlich ausüben, nicht etwa durch einen Vertreter, wovon freilich bezüglich des gesetzlichen Vertreters eine Ausnahme zu machen ist.[3]) Oertmann a. a. O. und Knoke a. a. O. wollen einen Sachverständigen zuzuziehen gestatten. Dies dürfte jedoch mangels einer gesetzlichen Unterlage zu weit gehen. Dass das Gericht bei einem zwischen den Gesellschaftern schwebenden Rechtsstreite dem Antrage auf Zuziehung eines Sachverständigen stattgeben darf, ist selbstverständlich.

Positive Bestimmungen über ein Konkurrenzverbot enthält weder das H. G. B. für die stille Gesellschaft noch das B. G. B. für die Gesellschaft. Während der stille Gesellschafter ebenso wie der Kommanditist[4]) gesetzlich einem solchen Verbote nicht unterliegt,[5]) ist es doch für den Komplementar regelmässig aufrecht zu erhalten. Denn es wäre als eine Vertragsverletzung anzusehen, wenn er, der an seinem Handelsgewerbe einen stillen Gesellschafter gegen Anteil an seinem Geschäftsergebnis beteiligt hat, den Gewinn dieses Unternehmens und damit auch den Gewinnanteil des stillen Gesellschafters augenscheinlich beeinträchtigt, indem er ausserdem noch in seinem Handelszweige für seine persönliche Rechnung Geschäfte betreibt, an deren Erträgnis der stille Gesellschafter keinen Anteil hat, oder indem er seine Arbeitskraft und sein Vermögen auch noch einem Konkurrenzunternehmen widmet, an dem er sich z. B. als offener Handelsgesellschafter oder als persönlich haftender Gesellschafter beteiligt. Uebertritt der Komplementar dieses Konkurrenzverbot, so erhält der stille Gesellschafter einen Anspruch auf Schadensersatz, während die weitergehenden Rechte aus H. G. B.

---

[1]) B. G. B. § 716 Abs. 1.
[2]) B. G. B. § 716 Abs. 2.
[3]) Oertmann S. 453; Knoke S. 60.
[4]) H. G. B. § 165 in Verbindung mit §§ 112, 113.
[5]) Nürnberger Protokolle S. 4546; Makower S. 852; Lehmann-Ring a. a. O. S. 669 No. 15.

§ 113 ihm nicht zustehen,[1]) möglicherweise ist für den stillen Gesellschafter hierdurch auch ein Grund zur Kündigung der Gesellschaft gegeben.[2])

Ob das Konkurrenzverbot auch auf die Gesellschafter des B. G. B. anzuwenden sei, kann nur bezüglich einer societas quaestus in Frage kommen. Man wird die Frage wohl gemäss B. G. B. § 157 bejahen müssen. Die Folgen der Verletzung dieses Verbotes sind auch hier Anspruch auf Schadensersatz, möglicherweise auch Kündigung der Gesellschaft.[3])

§ 5.

Rechtsverhältnisse nach aussen.

Auch hinsichtlich der Rechtsverhältnisse nach aussen ergeben sich nicht unwesentliche Verschiedenheiten beider Gesellschaften.

Während nach bürgerlichem Rechte alle durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Forderungen gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen) werden,[4]) gehen bei der stillen Gesellschaft die Forderungen aus dem Handelsbetriebe allein auf den Komplementar über, der nach aussen rechtlich allein in Betracht kommt.

Die Gesellschafter des B. G. B. können nach dem Prinzip der gesammten Hand nur gemeinsam über Gesellschaftsforderungen verfügen, bei der stillen Gesellschaft giebt es keine Gesellschaftsforderungen, sondern nur Forderungen des Komplementars, dem das alleinige Verfügungsrecht über alle sich aus seinem Handelsgewerbe ergebenden Forderungen zusteht.

Bei der Gesellschaft des B. G. B. tritt für die im Namen aller Gesellschafter eingegangenen Verbindlichkeiten regelmässig solidarische Haftung aller Gesellschafter ein,[5]) bei der stillen Gesellschaft dagegen wird der Komplementar, der alle in seinem Handelsgewerbe erforderlich werdenden Geschäfte im eigenen Namen und für eigene Rechnung abschliesst, allein berechtigt und verpflichtet.[6]) Dass aber der stille Gesellschafter als solcher überhaupt keine Forderungen aus den Geschäften des Komplementars erwerben könne, ist damit nicht gesagt. Denn wenn z. B. der Komplementar mit einem Dritten einen Vertrag abschliesst, vermöge dessen der Dritte eine Leistung an den stillen Gesellschafter zu bewirken hat, so wird der stille Gesellschafter gemäss B. G. B. § 328 Abs. 1 aus diesem Vertrage unmittelbar berechtigt, diese Leistung zu fordern.[7])

---

[1]) A. M. Löwy a. a. O. S. 45.

[2]) Ebenso Behrend S. 672, Anm. 20; Renaud S. 116; Makower S. 852; Cosack, Handelsrecht S. 587; Lehmann-Ring a. a. O. S. 669 No. 15.

[3]) Dernburg, bürg. R. II, 540; Knoke S. 32; v. Staudinger II, 544.

[4]) B. G. B. § 718.

[5]) B. G. B. §§ 427, 431.

[6]) H. G. B. § 335 Abs. 2.

[7]) Makower S. 853.

Bei der Gesellschaft des B. G. B. können nur alle Gesellschafter gemeinsam, bei der stillen Gesellschaft kann nur der Komplementar allein klagen oder verklagt werden. Während also die Gläubiger der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, um Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen zu erlangen, einen gegen alle Gesellschafter gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel haben müssen, ist bei der stillen Gesellschaft ein vollstreckbarer Titel gegen den Komplementar erforderlich und ausreichend, da es bei ihr keine Gesellschaftsgläubiger, sondern nur Gläubiger des Komplementars giebt. Die Haftung des Komplementars erstreckt sich auf sein ganzes Vermögen, gerade so wie dies bei einem offenen Handelsgesellschafter oder dem Komplementar einer Kommanditgesellschaft der Fall ist. Sein Vermögen bietet ein gleiches Angriffsobjekt für seine Geschäfts- und Privatgläubiger, zwischen denen im Verhältniss nach aussen eine Unterscheidung nicht zu machen ist.[1]) Zwischen den Geschäfts- und Privatgläubigern des stillen Gesellschafters ist gleichfalls nicht zu unterscheiden.[2])

Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts hat keine Firma, das Handelsregister ist ihr auch dann verschlossen, wenn es sich um eine Gesellschaft von Minderkaufleuten handelt.[3]) Die stille Gesellschaft als solche hat zwar auch keine Firma, insofern aber der Komplementar Vollkaufmann im Sinne der §§ 1 oder 2 des H. G. B. ist, ist es die Firma des Komplementars, unter der das Handelsgewerbe, an dem der stille Gesellschafter beteiligt ist, nach aussen auftritt. Der Name des stillen Gesellschafters darf aber in dieser Firma wegen seiner Beteiligung an dem Handelsgewerbe nicht enthalten sein,[4]) wohl aber aus anderen Gründen, z. B. wenn aus einer offenen Handelsgesellschaft ein Gesellschafter ausscheidet und als stiller Gesellschafter an seiner früheren Firma beteiligt bleibt.[5]) War aber sein Name — von dieser Ausnahme abgesehen — trotzdem in der Firma enthalten, so haftete er gemäss Art. 257 des alten H. G. B. den Gläubigern persönlich und solidarisch. Nach dem neuen H. G. B., das den alten Art. 257 nicht

---

[1]) Lediglich im Verhältnis nach innen ist zwischen den Geschäfts- und Privatgläubigern des Komplementars insofern zu unterscheiden, als der Komplementar nur Geschäfts-, nicht aber Privatverbindlichkeiten in die seinem stillenGesellschafter zu erteilende Bilanz als Passiva einstellen darf.

[2]) So redet jetzt § 339 des neuen H. G. B. einfach von den Gläubigern des stillen Gesellschafters im Gegensatz zu Art. 263 des alten H. G. B., das von den „Privatgläubigern" sprach, was von den älteren Kommentatoren fast allgemein mit Recht bemängelt worden ist.

[3]) H. G. B. § 4 Abs. 1 u. 2.

[4]) H. G. B. § 18.

[5]) Derselben Meinung Gareis, Handelsrecht S. 249 Anm. 5. Nach der Fassung des Art. 257 des alten H. G. B. war diese Möglichkeit früher fast allgemein verneint worden, so z. B. von Renaud S. 146, Behrend S. 683 Anm. 2. Praktisch wird übrigens in diesem Falle seltener die Form der stillen Gesellschaft, sondern meist die der Kommanditgesellschaft gewählt.

übernommen hat, würde aber auch in diesem Falle die persönliche und unbeschränkte Haftung des stillen Gesellschafters entfallen.[1])

Während die Gesellschafter des B. G. B. im Zweifel gemeinsam zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt sind, ist der stille Gesellschafter ebenso wie der Kommanditist von der Vertretung ausgeschlossen. Die Vertretung ist hier nur im Sinne von H. G. B. § 170 zu verstehen, d. h. der stille Gesellschafter ist ebenso wenig wie der Kommanditist »Organ« der stillen Gesellschaft. Denn wie jede beliebige andere Person kann auch er Handlungsbevollmächtigter oder — wenn der Komplementar Vollkaufmann ist — Prokurist in dem Geschäfte des Komplementars sein.[2]) Er berechtigt und verpflichtet aber auch durch diese Thätigkeit nur den Komplementar.

Den Gläubigern des stillen Gesellschafters haftet natürlich dessen gesammtes Vermögen, soweit es nicht gesetzlich der Pfändung entzogen ist.[3]) Da zu dem Vermögen des stillen Gesellschafters auch der Anspruch darauf gehört, was ihm bei der späteren Auseinandersetzung mit dem Komplementar zukommt, so haben die Gläubiger des stillen Gesellschafters das Recht, die Gesellschaft ohne Rücksicht darauf, ob sie für bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist, sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres zu kündigen und zwar dann, wenn innerhalb der letzten sechs Monate eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des stillen Gesellschafters ohne Erfolg versucht worden ist[4]) und der betreffende Gläubiger auf Grund eines nicht bloss vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels die Pfändung und Ueberweisung des Anspruchs auf das dem stillen Gesellschafter bei der Auseinandersetzung mit dem Komplementar zukommende Guthaben erwirkt hat.[5])

Da der stille Gesellschafter zu den Gläubigern des Komplementars während des Bestehens der stillen Gesellschaft in keinerlei rechtlichen Beziehung steht, so folgt, dass die Bestimmung des H. G. B. § 337 Abs. 2 S. 2, wonach er nicht verpflichtet ist, den einmal bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste wieder herauszugeben, auch den Gläubigern des Komplementars gegenüber zu Recht besteht. Auch wenn der Komplementar dem stillen Gesellschafter während des Bestehens der stillen Gesellschaft die rückständige Einlage oder einen Teil davon erlässt oder die thatsächlich eingezahlte Einlage ganz oder zum Teil zurückzahlt, mag dies unter Auflösung der Gesellschaft geschehen oder nicht, so haben die Gläubiger hiergegen kein Anfechtungsrecht, sofern nicht etwa

---

[1]) Ebenso von Borch a. a. O. S. 62; Löwy a. a. O. S. 50.
[2]) R. G. Bd. 31 S. 39.
[3]) C. P. O. § 811, 812.
[4]) Es ist nicht gerade erforderlich, dass derselbe Gläubiger die Zwangsvollstreckung ohne Erfolg versucht hat, was nach der Fassung des früheren Art. 126 des alten H. G. B. allgemein angenommen worden ist, so z. B. von Renaud S. 145.
[5]) H. G. B. § 339 Abs. 1 S. 1 in Verbindung mit § 135.

die Voraussetzungen des § 342 Abs. 1 des H. G. B. vorliegen.[1]) Das Gleiche gilt von der Auszahlung von Gewinn, der eigentlich zur Ergänzung der verminderten Einlage hätte dienen sollen. Eine solche Gewinnauszahlung käme rechtlich der Rückzahlung eines Teiles der Einlage gleich, die die Gläubiger nur im Falle des § 342 H. G. B. anfechten könnten.[2])

Bei der Gesellschaft des B. G. B. würde die Rückzahlung oder der Erlass der Einlage, sowie die Auszahlung von Gewinn an einen ausscheidenden Gesellschafter schon deshalb nicht erst der Anfechtung Dritter bedürfen, weil alle Gesellschafter bei der Auseinandersetzung nicht bloss mit ihrer Einlage, sondern im Falle der Unzulänglichkeit des Gesellschaftsvermögens über den Betrag ihrer Einlage hinaus solidarisch, also eventuell mit ihrem ganzen Vermögen haften[3]) und auch ein ausscheidender Gesellschafter in gleicher Weise für einen etwaigen Fehlbetrag aufzukommen hat.[4])

Rechtsverhältnisse bei der Auflösung der stillen Gesellschaft und der Gesellschaft des B. G. B.

1. Gründe der Auflösung.

§ 6.

a. Die Auflösung ipso jure.

Die Gründe für die Auflösung der stillen Gesellschaft sind im Allgemeinen die gleichen wie bei der Gesellschaft des B. G. B. Wir unterscheiden zweckmässig drei Arten der Auflösung und zwar:

a) ipso jure,

b) infolge Kündigung eines Gesellschafters oder gemeinsamen Beschlusses der Gesellschafter und

c) auf Antrag eines Gläubigers eines Gesellschafters.

Die einzelnen Auflösungsgründe für die stille Gesellschaft waren in den Art. 261 — 63 des alten H. G. B. aufgezählt. Mit Rücksicht auf die eingehende Regelung, die das Gesellschaftsrecht durch das B. G. B. erfahren hat, ist eine solche Aufzählung im neuen H. G. B. entbehrlich geworden.[5])

Ipso jure erfolgt die Auflösung der Gesellschaft des B. G. B. durch den Tod eines Gesellschafters,[6]) die der stillen Gesellschaft jedoch nur durch den Tod des Komplementars, denn H. G. B. § 337 Abs. 2 bestimmt ausdrücklich, dass der Tod des stillen Gesellschafters kein Auflösungsgrund für die stille Gesellschaft sei.

---

[1]) Vgl. hierüber unten § 10.
[2]) So auch Renaud S. 144 f.
[3]) B. G. B. § 735.
[4]) B. G. B. § 739. Der Fehlbetrag darf aber nicht von Geschäften herrühren, die erst nach dem Ausscheiden des betr. Gesellschafters unternommen worden sind.
[5]) Denkschrift z. H. G. B. S. 196, 199.
[6]) B. G. B. § 727 Abs. 1.

Der Tod eines Gesellschafters des B. G. B. ist aber nur dann ein Auflösungsgrund für die Gesellschaft, sofern sich nicht aus dem Gesellschaftsvertrage das Gegenteil ergiebt. Auch für die stille Gesellschaft dürfte eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, dass der Tod des Komplementars kein Auflösungsgrund sein solle, indem z. B. seine Erben an seine Stelle treten sollen, zulässig sein. Im Falle der Auflösung hat der Erbe des verstorbenen Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern den Tod unverzüglich anzuzeigen und die dem Erblasser obliegenden, keinen Aufschub vertragenden Geschäfte fortzuführen, bis die übrigen Gesellschafter mit dem Erben gemeinschaftlich die geeigneten Massnahmen treffen können.[1]) Diese Bestimmung des B. G. B. ist unbedenklich im Falle des Todes des Komplementars der stillen Gesellschaft auf dessen Erben anzuwenden.[2]) Die weitere Bestimmung dagegen, dass die übrigen Gesellschafter in gleicher Weise zur einstweiligen Fortführung der **ihnen übertragenen** Geschäfte verpflichtet seien,[3]) ist auf den stillen Gesellschafter nur dann anzuwenden, wenn ihm **durch den Gesellschaftsvertrag** die Geschäftsführung übertragen war, was **gesetzlich** nicht der Fall ist. War der stille Gesellschafter aber gleichzeitig Prokurist des Komplementars, so wäre er als solcher zur Fortführung der Geschäfte berechtigt, da die Prokura durch den Tod des Inhabers des Handelsgeschäfts nicht erlischt.[4]) Doch wird, wenn im Gesellschaftsvertrage bestimmt ist, dass der Tod des Komplementars kein Auflösungsgrund für die stille Gesellschaft sein solle, für das thatsächliche Fortbestehen der stillen Gesellschaft es darauf ankommen, ob der Erbe des Komplementars die Erbschaft ausschlägt oder nicht. In letzterem Falle würde der Erbe ohne Weiteres Komplementar der stillen Gesellschaft werden. Möglich ist jedoch, dass die stille Gesellschaft auch in diesem Falle und zwar aus einem andern Grunde aufgelöst wird, z. B. wenn der Erbe offener Handelsgesellschafter ist und wegen des bestehenden Konkurrenzverbotes ein anderes gleichartiges Handelsgewerbe[5]) oder wenn er als Staatsbeamter ein Gewerbe überhaupt nicht betreiben darf.

Ipso jure endigt die stille Gesellschaft ebenso wie die Gesellschaft des B. G. B. ferner im Falle des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters.[6]) Während aber bei der Gesellschaft des B. G. B. durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt werden kann, dass die Gesellschaft trotzdem fortbestehen solle, indem lediglich der in Konkurs geratene Gesellschafter aus der Gesell-

---

[1]) B. G. B. § 727 Abs. 2, S. 1.
[2]) So auch Staub S. 1006.
[3]) B. G. B. § 727 Abs. 2, S. 2.
[4]) H. G. B. § 52 Abs. 2.
[5]) H. G. B. § 112 f.
[6]) B. G. B. § 728.

schaft ausscheide,[1]) wäre eine solche Bestimmung bei der stillen Gesellschaft unzulässig, da mit dem Wegfalle des Komplementars oder des stillen Gesellschafters nur **ein** Gesellschafter übrig bliebe. Eine analoge Anwendung des § 142 des H. G. B., der bei einer aus 2 Mitgliedern bestehenden offenen Handelsgesellschaft im Falle des Konkurses über das Vermögen des einen Gesellschafters dem andern das Recht giebt, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen, auf die stille Gesellschaft ist nicht gegeben. Denn im Falle des Konkurses über das Vermögen des stillen Gesellschafters kann von einer »Uebernahme« des Geschäfts durch den Komplementar keine Rede sein, da dieser von vornherein **sein** Geschäft betrieben hat, für dessen Fortführung der Konkurs über das Vermögen des stillen Gesellschafters kein rechtliches Hindernis bildet. Dem stillen Gesellschafter andererseits dieses Recht im Falle des Konkurses über das Vermögen des Komplementars zu geben, wäre verfehlt, da er nicht gesetzlicher Vertreter der stillen Gesellschaft ist und der Konkurs über das Vermögen des Komplementars überdies die Einlage des stillen Gesellschafters mitumfasst, also das ganze Vermögen, das dem Handelsgewerbe zur Verfügung gestanden hat, während es sich bei dem Konkurse über das Vermögen eines offenen Handelsgesellschafters um das Vermögen **eines** Gesellschafters, nicht um das der offenen Handelsgesellschaft selbst handelt.

Möglich ist, dass nach der Beendigung des Konkurses über das Vermögen des Komplementars bez. des stillen Gesellschafters der Beschluss gefasst wird, die stille Gesellschaft fortzusetzen. Dies wäre aber rechtlich nur die Begründung einer neuen stillen Gesellschaft.

Ein fernerer ipso jure wirkender Auflösungsgrund ist sowohl für die stille Gesellschaft wie für die Gesellschaft des B. G. B., wenn der vereinbarte Zweck erreicht worden oder wenn dessen Erreichung unmöglich geworden ist.[2]) Wann diese Unmöglichkeit im konkreten Falle eingetreten sei, dürfte allerdings nicht selten schwer festzustellen sein. Notwendig ist nicht, dass die Erreichung des Zweckes überhaupt unmöglich geworden ist,[3]) es genügt vielmehr, wenn der Zweck nicht mit den Mitteln erreicht werden kann, die der Gesellschaft gemäss dem Gesellschaftsvertrage zu Gebote stehen, da die Gesellschafter zur Erhöhung der vereinbarten Einlagen nicht verpflichtet sind.[4]) Ob mangelnde Rentabilität als Auflösungsgrund anzuerkennen sei, dürfte nur von

---

[1]) In diesem Falle müsste aber die Gesellschaft aus mindestens 3 Mitgliedern bestehen, da sonst nach Wegfall eines Gesellschafters begrifflich keine Gesellschaft mehr vorhanden wäre. Es folgt dies aus der Fassung des § 736 des B. G. B.: „Ist . . . bestimmt, dass . . . die Gesellschaft unter **den übrigen** Gesellschaftern fortbestehen soll u. s. w.

[2]) B. G. B. § 726.

[3]) Knoke S. 104; Planck II, 474.

[4]) B. G. B. § 707.

Fall zu Fall zu entscheiden sein. Bei Unternehmungen, die einer schwankenden Konjunktur unterworfen sind, dürfte die Thatsache, dass ein Geschäftsjahr keinen oder nur einen sehr geringen Gewinn ergeben hat, nicht ausschlaggebend sein, da vielleicht schon das nächste Geschäftsjahr einen recht erheblichen Gewinn bringen kann. Im Zweifel würde jedoch eine Unrentabilität von längerer Dauer als Auflösungsgrund zu betrachten sein.[1]) besonders dann, wenn das Betriebskapital oder der dem Komplementar bisher gewährte Kredit derartig verringert worden ist, dass das betreffende Handelsgewerbe anderen gleichartigen Unternehmungen gegenüber nicht mehr konkurrenzfähig ist und eine Rentabilität überhaupt aussichtslos erscheint. Zweifellos unmöglich wird aber bei der stillen Gesellschaft die Erreichung des vereinbarten Zweckes, wenn der Komplementar sein Geschäft aufgiebt.[2]) Erfolgt die Aufgabe des Geschäfts vertragswidrig und ohne Zustimmung des stillen Gesellschafters, dann könnte nach der Ansicht Makowers[3]) der Komplementar auf Antrag des stillen Gesellschafters gemäss C. P. O. § 888 Abs. 1 vom Gericht durch Geldstrafen bis zu 1500 Mark oder durch Haft zur Fortführung des Geschäfts angehalten werden. Aber abgesehen davon, dass die Zwangsmittel damit erschöpft wären, könnte der stille Gesellschafter zu diesem Zwangsmittel nur schreiten, wenn er sich auf einen materiellrechtlichen Anspruch stützen könnte. Eine Klage auf Fortführung des Geschäfts durch den Komplementar hat der stille Gesellschafter aber nicht,[4]) denn abgesehen von einem Anspruch auf Schadensersatz gewährt H. G. B. § 339 Abs. 1 S. 2 in Verbindung mit B. G. B. § 723 Abs. 1 dem stillen Gesellschafter nur das Recht der Kündigung.

Die stille Gesellschaft wie die Gesellschaft des B. G. B. endigen kraft Gesetzes endlich mit dem Eintritt der im Gesellschaftsvertrage selbst bezeichneten Auflösungsgründe. Der Hauptfall ist der Ablauf der für die Dauer der Gesellschaft bestimmten Zeit.[5]) Allerdings können beide Gesellschaften stillschweigend oder durch ausdrückliche Vereinbarung der Gesellschafter weiter fortgeführt werden. In diesem Falle gelten sie als auf unbestimmte Zeit weiter bestehend.[6])

Der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit eines Gesellschafters bewirkt dagegen nicht notwendig die Auflösung der stillen Gesellschaft oder der Gesellschaft des B. G. B. Denn der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des stillen Gesellschafters würde vom wirtschaftlichen Standpunkte aus auf den Bestand der stillen Ge-

---

[1]) R. O. H. G. Bd. 12 S. 100.
[2]) B. G. B. § 726; Staub S. 1007. Anm. 10.
[3]) Makower S. 853.
[4]) Staub a. a O.; Lehmann-Ring S. 675 Nr. 7; v. Borch a. a. O. S. 44.
[5]) Denkschrift z. H. G. B. S. 199; Art. 261[5] des alten H. G. B.
[6]) B. G. B. § 724 S. 2.

sellschaft ebensowenig einen Einfluss ausüben, wie etwa die eintretende Geschäftsunfähigkeit eines von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafters des B. G. B.[1]) Anders wäre es bei eintretender Geschäftsunfähigkeit des Komplementars oder eines geschäftsführenden Gesellschafters des B. G. B. Aber auch hier tritt die Auflösung nicht ipso jure ein, sondern es ist nur ein Kündigungsgrund gegeben,[2]) bei der Gesellschaft des B. G. B. vielleicht nur ein Grund zur Entziehung der Geschäftsfähigkeit des betreffenden Gesellschafters.

§ 7.

b. Die Auflösung infolge Kündigung eines Gesellschafters oder gemeinsamen Beschlusses der Gesellschafter.

Eine bestimmte Zeit für die Kündigung der Gesellschaft des B. G. B. durch einen ihrer Gesellschafter ist nicht vorgeschrieben, es besteht nur die Bestimmung, dass die Kündigung nicht zur Unzeit[3]) erfolgen dürfe, vorausgesetzt, dass nicht ein wichtiger Grund zur sofortigen fristlosen Kündigung vorliegt. Die Kündigung der stillen Gesellschaft dagegen ist analog der der offenen Handelsgesellschaft geregelt,[4]) sie kann nur für den Schluss eines Geschäftsjahres und zwar mindestens 6 Monate vorher erfolgen.

Bezüglich der Kündigung der stillen Gesellschaft und der der Gesellschaft des B. G. B. besteht aber noch ein anderer Unterschied. Während bei der stillen Gesellschaft eine Kündigung, bei der die sechsmonatliche Frist vor dem Ablauf eines Geschäftsjahres nicht gewahrt ist, unwirksam ist, bleibt eine unzeitige Kündigung der Gesellschaft des B. G. B. wirksam und giebt den übrigen Gesellschaftern nur einen Anspruch auf Schadensersatz.

Ist eine Gesellschaft für eine bestimmte Zeit[5]) eingegangen, so kann sie nur zum Ablaufe dieser Zeit, die stille Gesellschaft ausserdem nur sechs Monate vor diesem Zeitpunkte gekündigt werden.

Abgesehen von den oben erwähnten Eigentümlichkeiten in der Kündigung der stillen Gesellschaft und der Gesellschaft des B. G. B. stimmen beide Gesellschaften doch insofern überein, als sie, mögen sie für bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen sein, aus wichtigen Gründen ohne Einhaltung einer Frist und auch

---

[1]) Knoke S. 104.

[2]) Matthiass I, 631 Note 1.

[3]) B. G. B. § 723. Die Frage, ob die Kündigung eines Gesellschafters zur Unzeit erfolgt sei, unterliegt im Streitfalle der freien Würdigung des Richters.

[4]) H. G. B. § 339 Abs. 1 in Verbindung mit § 132.

[5]) Die für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangene, sowie die stillschweigend fortgesetzte Gesellschaft gelten gemäss B. G. B. § 724 bezüglich der Kündigung als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen.

nicht erst für das Ende eines Geschäftsjahres gekündigt werden können.[1]) Was als ein wichtiger Grund anzusehen sei, dafür führt B. G. B. § 723 nur beispielsweise an, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrage obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder wenn ihm die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird. Wichtige Gründe zur Kündigung wären z. B. nachlässige Führung der Geschäfte, grober Vertrauensmissbrauch, Unredlichkeit bei der Geschäftsführung und Rechnungslegung, Missbrauch des Gesellschaftsvermögens zu Privatzwecken und dergl. m. Sie werden meist nur in der Person des Komplementars bez. der geschäftsführenden Gesellschafter des B. G. B. eintreten, nicht aber in der Person des stillen Gesellschafters bez. der übrigen Gesellschafter des B. G. B.

Im Gesellschaftsvertrage können noch andere Gründe als »wichtig« vorgesehen werden, jedoch kann der Richter auch vertragsmässig nicht als wichtig aufgeführte Gründe als „wichtig" anerkennen, sofern sie nicht ausdrücklich im Vertrage als solche ausgeschlossen worden sind.

Dass beide Gesellschaften durch gemeinsamen Beschluss der Gesellschafter aufgelösst werden können, gilt als selbstverständlich und ist weder in den Bestimmungen des B. G. B. über die Gesellschaft noch in denen des H. G. B. über die stille Gesellschaft erwähnt.

§ 8.

c. Die Auflösung auf Antrag des Gläubigers eines Gesellschafters.

Die Auflösung der Gesellschaft des B. G. B. tritt regelmässig ein, sobald ein Gläubiger eines ihrer Gesellschafter gemäss B. G. B. § 725 Abs. 1 die Gesellschaft kündigt, die Auflösung der stillen Gesellschaft dagegen nur durch die Kündigung eines Gläubigers des stillen Gesellschafters.[2]) Denn die Gläubiger des Komplementars würden durch die Kündigung der stillen Gesellschaft keinen Vorteil haben, da das ihnen haftende Vermögen des Komplementars die Einlage des stillen Gesellschafters mitumfasst. Voraussetzung für die Kündigung ist aber, dass der Gläubiger die Pfändung des Anteils des Gesellschafters des B. G. B. an dem Gesellschaftsvermögen bez. des Anspruches des stillen Gesellschafters auf das ihm bei der Auseinandersetzung zukommende Guthaben auf Grund eines nicht bloss vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels erwirkt hat. Aber während die Kündigung der Gesellschaft des B. G. B., mag diese für bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen sein, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zulässig ist, kann die stille Gesellschaft nur sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres gekündigt werden, wobei eine etwa zwischen dem Komplementar und dem stillen Gesellschafter verab-

[1]) H. G. B. § 339 Abs. 1 S. 2; B. G. B. § 723.
[2]) H. G. B. § 339 Abs. 1 in Verbindung mit § 135.

redete kürzere Kündigungszeit dem kündigenden Gläubiger des stillen Gesellschafters nicht zu statten kommen würde.[1]) Ausserdem braucht der Gläubiger eines Gesellschafters des B. G. B. im Gegensatz zu einem Gläubiger des stillen Gesellschafters bei der Kündigung nicht nachzuweisen, dass innerhalb der letzten sechs Monate vor seiner Kündigung eine vergebliche Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters, sei es auf seinen Antrag, sei es auf den eines andern Gläubigers dieses Gesellschafters stattgefunden hat.

Die Auflösung der Gesellschaft des B. G. B. braucht jedoch im Falle der Kündigung durch den Gläubiger eines Gesellschafters nicht notwendig einzutreten, sie kann vielmehr durch eine entsprechende Bestimmung im Gesellschaftsvertrage vermieden werden. B. G. B. § 736 lässt die Aufrechterhaltung der Gesellschaft zwar nur zu für den Fall der Kündigung oder des Todes eines Gesellschafters und der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters, aber man wird wohl mit Recht annehmen können, dass im Falle der Kündigung durch den Gläubiger eines Gesellschafters dasselbe zu gelten habe, wie wenn der Gesellschafter selbst kündigte.[2]) Auch das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft infolge freier Vereinbarung mit den übrigen Gesellschaftern dürfte in analoger Anwendung des § 736 des B. G. B. dem rechtlichen Fortbestande der Gesellschaft nicht hinderlich sein, da dieses Ausscheiden sich sachlich wenig von einer Kündigung unterscheidet, der die übrigen Gesellschafter zustimmen.[3]) Es würde also in diesen Fällen der Gesellschafter, in dessen Person eines dieser Ereignisse eintritt, aus der Gesellschaft ausscheiden und diese unter den übrigen Mitgliedern fortbestehen. Auch das dürfte unbedenklich sein, obwohl das Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung darüber getroffen hat, dass die übrigen Gesellschafter das Recht haben, diesen Gesellschafter nach Befriedigung des Anspruchs seines Gläubigers als Gesellschafter weiter zu behalten.

Bei der stillen Gesellschaft wäre die Abwendung der Auflösung im Falle der Kündigung seitens eines Gläubigers des stillen Gesellschafters dadurch, dass lediglich der stille Gesellschafter ausscheidet, undenkbar, da eine stille Gesellschaft mit einem Mitgliede, dem Komplementar allein, begrifflich ein Unding wäre. Wohl aber wird man auch dem Komplementar das Recht zugestehen können, im Falle der Kündigung der stillen Gesellschaft den Gläubiger seines stillen Gesellschafters bis zur Höhe seines Anspruchs zu befriedigen und den stillen Gesellschafter weiter an seinem

---

[1]) Renaud S. 171.

[2]) Ebenso Planck II, 480; Knoke S. 127; Ennecerus-Lehmann, bürg. Recht S. 670; v. Staudinger II, 578.

[3]) Cosack bürg. R. II, 386; v. Staudinger II, 578.

Unternehmen beteiligt zu lassen.[1]) Diese Befriedigung des Gläubigers würde rechtlich der Rückzahlung eines Teiles der Einlage des stillen Gesellschafters gleich zu achten sein.

2. Wirkungen der Auflösung.

§ 9.

a. Die Wirkungen im Allgemeinen.

Der Zeitpunkt der Auflösung richtet sich bei beiden Gesellschaften nach dem Auflösungsgrunde. Bestand unter den Gesellschaftern darüber Streit, ob z. B. eine Kündigung rechtzeitig erfolgt sei oder ob in dem Falle einer sofortigen Kündigung ein wichtiger Grund vorgelegen habe, so gilt die Auflösung, da das richterliche Urteil nicht Recht schafft, sondern nur über streitige Rechtsverhältnisse entscheidet, nicht erst als mit dem Eintritt der Rechtskraft des Auflösungsurteils erfolgt,[2]) sondern bereits mit dem Augenblicke, wo sie eingetreten wäre, wenn ein Streit hierüber nicht bestanden hätte. Während aber im Falle der Kündigung bei der stillen Gesellschaft die Auflösung nur dann eintritt, wenn das Gericht dahin erkannt hat, dass die Kündigung zu Recht bestehe, tritt in dem gleichen Falle bei der Gesellschaft des B. G. B. die Auflösung stets ein, nur hat der zur Unzeit kündigende Gesellschafter den anderen den hieraus entstehenden Schaden zu ersetzen.[3])

Die Auflösung der stillen Gesellschaft unterscheidet sich von der der Gesellschaft des B. G. B. insofern, als die Auflösung dieser regelmässig die Aufgabe des Gegenstandes ihres Unternehmens zur Folge hat, während die Auflösung der stillen Gesellschaft die Aufgabe des Handelsgewerbes des Komplementars nicht notwendig bedingt.[4]) Denn der Komplementar betreibt das Erwerbsgeschäft als sein eigenes und zwar auch nach der Aufnahme eines stillen Gesellschafters, zu der er sich gewöhnlich wegen unzureichender eigener Betriebsmittel entschliesst. Es steht dem Komplementar jederzeit frei, das stille Gesellschaftsverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen bezw. der vertraglichen Kündigungsfrist wieder aufzulösen, wenn er die erforderlichen Betriebsmittel sich unter günstigeren Bedingungen anderswoher verschaffen kann oder wenn andere Gründe ihm die Trennung von seinem stillen

---

[1]) Der Komplementar wird diesen Weg dann wählen, wenn der Anspruch des Gläubigers des stillen Gesellschafters im Verhältnis zu der Einlage des letzteren nicht gross ist und er ein Interesse an dem weiteren Bestehen der stillen Gesellschaft hat.

[2]) Staub S. 1011 Anm. 6; Willenbücher S. 336; Knoke S. 64; R. O. H. G. Bd. 12 S. 102; Lehmann-Ring S. 675 No. 5.

[3]) B. G. B. § 723 Abs. 2 S. 2.

[4]) Willenbücher S. 337.

Gesellschafter rätlich erscheinen lassen. Zu einer gleichzeitigen Aufgabe seines Handelsgewerbes liegt für ihn aber darum kein Grund vor. Der stille Gesellschafter andererseits, der sich mit einer Einlage an einem fremden Handelsgewerbe in der Hoffnung beteiligt, an den pekuniären Erfolgen des Inhabers desselben teilzunehmen, kann, wenn er sich in seinen Hoffnungen durch geschäftliche Misserfolge getäuscht sieht oder wenn er Gelegenheit zu einer besseren Verwendung seines Kapitals findet oder zu finden glaubt, oder welche Gründe ihn sonst hierbei leiten mögen, das Gesellschaftsverhältnis unter denselben Voraussetzungen[1]) wie der Komplementar kündigen. Aber allein wegen dieser Kündigung des stillen Gesellschafters braucht der Komplementar sein Geschäft ebensowenig aufzugeben, als wenn er selbst gekündigt hätte.

Die Auseinandersetzung des Komplementars mit dem stillen Gesellschafter entspricht weniger der Auseinandersetzung der Gesellschafter bei der Auflösung der Gesellschaft des B. G. B., als vielmehr der eines Gesellschafters mit den übrigen im Falle seines Ausscheidens aus der Gesellschaft,[2]) vorausgesetzt, dass in dem Gesellschaftsvertrage gemäss B. G. B. §§ 736, 737 bestimmt ist, dass die Gesellschaft in diesem Falle unter den übrigen Mitgliedern fortbestehen soll.

Massgebend für die Auseinandersetzung ist bei beiden Gesellschaften zunächst der Gesellschaftsvertrag.[3]) In Ermangelung besonderer Vereinbarungen sind Gegenstände, die der Gesellschaft von dem ausscheidenden Gesellschafter des B. G. B. bez. dem stillen Gesellschafter nur zur Benutzung überlassen worden waren, in natura zurückzugeben,[4]) da das Benutzungsrecht mit der Auflösung der Gesellschaft aufhört. Für zufällig verloren gegangene oder schlechter gewordene Sachen kann der Ausscheidende keinen Schadensersatz verlangen.[5]) Für Einlagen, die in der Leistung von Diensten oder in der Ueberlassung von Gegenständen zum Zwecke der Benutzung bestanden haben, besteht eine Entschädigungspflicht nicht, sofern nicht eine solche im Gesellschaftsvertrage ausdrücklich vorgesehen ist.[6])

[1]) Es ist natürlich nicht ausgeschlossen, dass in dem Gesellschaftsvertrage für die Kündigung des Komplementars und des stillen Gesellschafters ungleiche Fristen vorgesehen sind. Zu einer gesetzlichen Festlegung gleicher Kündigungsfristen, wie etwa bei dem Vertragsverhältnis zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen gemäss H. G. B. § 67 Abs. 1, die aus socialpolitischen Rücksichten erfolgte, lag eine Veranlassung nicht vor.

[2]) So auch Staub S. 1010, Anm. 3 zu § 340.

[3]) B. G. B. § 731.

[4]) B. G. B. § 738 Abs. 1 S. 2 in Verbindung mit § 732 S. 1.

[5]) B. G. B. § 732 S. 2.

[6]) B. G. B. § 733 Abs. 2 S. 3. Wenn auch Dienstleistungen keine Vermögenseinlage eines stillen Gesellschafters darstellen können, so ist es doch, wie oben § 3 ausgeführt, nicht ausgeschlossen, dass der stille Gesellschafter im Geschäfte des Komplementars thätig sein könne. Das Aequivalent des stillen Gesellschafters hierfür wird meist in der Bemessung der Höhe seines Gewinnanteils Ausdruck finden.

Die Bestimmung des § 738 S. 2 des B. G. B., dass die übrig bleibenden Gesellschafter den Ausscheidenden von den **gemeinschaftlichen** Schulden zu befreien haben, ist **analog** auch auf die stille Gesellschaft anwendbar. Zwar sind die Schulden des Handelsgewerbes, das den Gegenstand der stillen Gesellschaft bildet, Schulden des Komplementars. Für den stillen Gesellschafter spielen sie aber insofern eine Rolle, als sie bei der Berechnung seines Gewinnanteiles und späterhin bei der Berechnung des ihm auszuzahlenden Wertes seiner Einlage zu berücksichtigen sind. Der Komplementar würde den stillen Gesellschafter daher insoweit von diesen Schulden zu befreien haben, dass sie auch nach der Auseinandersetzung lediglich seine, d. h. des Komplementars Schulden sind und die Haftung des stillen Gesellschafters bis zu dem Betrage des ihm ausgezahlten Auseinandersetzungsguthabens aufhört. Praktisch wird der Komplementar diese Schulden als Passiva in die für die Auseinandersetzung mit seinem stillen Gesellschafter aufzustellende Bilanz einstellen, hiernach den Wert der Einlage des stillen Gesellschafters berechnen und ihm diesen Betrag dann auszahlen. Für den Fall, dass innerhalb des nächsten Jahres nach dem Beschlusse der Auflösung der stillen Gesellschaft Konkurs über das Vermögen des Komplementars ausbricht, kann der stille Gesellschafter, wenn der Konkursverwalter die erfolgte Rückzahlung des Wertes seiner Einlage anficht, auf Grund dieser Bilanz den Beweis führen, dass die Auszahlung dieses Betrages an ihn zu Recht erfolgt sei und dass der Konkurs nur in Umständen seinen Grund habe, die erst nach der Auseinandersetzung eingetreten seien.[1]) Hatte der Komplementar aber zur Zeit der Auseinandersetzung mit seinem stillen Gesellschafter ausser den in jener Bilanz aufgeführten Geschäftsschulden noch Privatschulden, die zusammengerechnet den Wert seines damaligen Vermögens überstiegen, so dass also damals schon eine Ueberschuldung vorlag, während die seinem stillen Gesellschafter erteilte Bilanz, die auf der Passivseite naturgemäss nur die **Geschäfts**schulden des Komplementars enthalten konnte, einen Ueberschuss der Aktiva über die Passiva ergab, so würde dem stillen Gesellschafter allerdings der Beweis misslingen, dass der Konkurs in Umständen begründet sei, die erst nach dieser Zeit eingetreten seien. An diesem Resultat würde aber nichts geändert haben, wenn der Komplementar vor der Beendigung der Auseinandersetzung alle Geschäftsschulden getilgt hätte, da auch in diesem Falle die Rückzahlung der Einlage des stillen Gesellschafters gemäss H. G. B. § 342 angefochten werden könnte.

Für Schulden, die noch nicht fällig oder bestritten sind, ist das zur Berichtigung Erforderliche zurückzubehalten.[2]) Auch von diesen Schulden ist der Ausscheidende zu befreien, oder es ist

---

[1]) H. G. B. § 342 Abs. 2.
[2]) B. G. B. § 733 Abs. 1 S. 2.

ihm dafür Sicherheit zu leisten.[1]) Das Gleiche wird man wohl auch für bedingte Schulden annehmen müssen, sofern nicht etwa die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung eine so entfernte ist, dass diese bedingte Schuld einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht hat.[2])

Bei der Gesellschaft des B. G. B. ist der Wert des Gesellschaftsvermögens, soweit erforderlich, im Wege der Schätzung zu ermitteln[3]) und dem Ausscheidenden das auszuzahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre.[4])

Auch der Komplementar hat dem stillen Gesellschafter eine Uebersicht über die Vermögenslage seines Handelsgewerbes zur Zeit der Auflösung zu geben und, da dem stillen Gesellschafter sein Guthaben in Geld zu erstatten ist, so würde auch eine Schätzung des Vermögens, mit dem das Handelsgewerbe betrieben worden ist, erforderlich sein, wie denn überhaupt eine Bilanzaufstellung ohne Einsetzung sämmtlicher Vermögensobjekte mit dem Betrage ihres Werts undenkbar wäre.

Der ausscheidende Gesellschafter des B. G. B. hat, soweit der Wert des Gesellschaftsvermögens zur Deckung der zur Zeit seines Ausscheidens vorhandenen Schulden sowie der Einlagen aller Gesellschafter nicht ausreicht, den übrigen den Fehlbetrag nach dem Verhältnis seines Anteils am Verlust zu ersetzen.[5]) In gleicher Weise haftet er auch für die Schulden, die sich aus den zur Zeit seines Ausscheidens noch schwebenden Geschäften ergeben.[6]) In diesen Fällen erstreckt sich seine Haftung über den Betrag seiner Einlage bez. seines Verlustanteiles hinaus, gerade so, wie dies auch bezüglich der übrigen Gesellschafter im Falle der völligen Auflösung der Gesellschaft der Fall ist.[7])

Da das Ergebnis der zur Zeit des Ausscheidens des stillen Gesellschafters bez. des Gesellschafters des B. G. B. noch schwebenden Geschäfte naturgemäss bei der Berechnung des dem Ausscheidenden zukommenden Auseinandersetzungsguthabens nicht mitberücksichtigt werden kann, so nimmt der Ausscheidende auch noch an dem sich aus der Abwicklung dieser Geschäfte ergebenden Gewinn und Verlust teil. Eine Einwirkung auf die Erledigung dieser Geschäfte hat weder der ausscheidende Gesellschafter

---

[1]) B. G. B. § 738 Abs. 1 S. 3.

[2]) A. M. von Staudiger II, 582.

[3]) Den Verkauf einzelner zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände zum Zwecke der Wertermittlung kann der ausscheidende Gesellschafter des B. G. B. ebensowenig fordern, wie etwa der ausscheidende stille Gesellschafter dies bezüglich der dem Komplementar gehörenden Gegenstände verlangen könnte. So auch v. Staudinger II, 582.

[4]) B. G. B. § 738 Abs. 1 S. 2.

[5]) B. G. B. § 739.

[6]) B. G. B. § 740 Abs. 1 S. 1.

[7]) B. G. B. § 735. Der stille Gesellschafter haftet dagegen auch bei der Auseinandersetzung nur bis zum Betrage seines Verlustanteils (H. G. B. § 341 Abs. 2).

des B. G. B. noch der stille Gesellschafter, dies ist lediglich Sache des Komplementars bez. der verbleibenden Gesellschafter des B. G. B.[1]) Dagegen hat der Ausscheidende das Recht, am Schlusse des Geschäftsjahres Rechenschaft über die inzwischen erledigten, Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte, sowie Auszahlung des ihm gebührenden Betrages zu fordern.[2])

Von der Auseinandersetzung unter allen Gesellschaftern bei Auflösung der Gesellschaft des B. G. B. unterscheidet sich die Auseinandersetzung des Komplementars mit seinem stillen Gesellschafter insofern, als mit der Auflösung der Gesellschaft des B. G. B. die Geschäftsführung, also in diesem Falle das Recht zur Abwicklung der noch schwebenden Geschäfte allen Gesellschaftern gemeinsam zusteht[3]) und zwar auch denen, die während des Bestehens der Gesellschaft von der Geschäftsführung ausgeschlossen waren,[4]) während bei der stillen Gesellschaft der Komplementar allein zu dieser Abwicklung befugt ist[5]) und der stille Gesellschafter nur alljährlich am Ende des Geschäftsjahres Rechenschaftslegung, Auskunft u. s. w. verlangen kann.[6]) Ferner ist bei der Auseinandersetzung der Gesellschafter des B. G. B. im Falle der Auflösung der Gesellschaft unter Umständen — wenigstens teilweise — eine reale Teilung möglich, nämlich dann, wenn nach Zahlung der Schulden und Rückerstattung der Einlagen der Gesellschafter teilbare Sachen übrig bleiben;[7]) der stille Gesellschafter dagegen kann nur den Wert seiner Einlage in Geld verlangen.[8])

§ 10.

b. Die Wirkung der Auflösung im Konkurse.

Einen Gesellschaftskonkurs kennt das B. G. B. ebensowenig[9])

---

[1]) B. G. B. § 740 Abs. 1; H. G. B. § 340 Abs. 2.
[2]) B. G. B. § 740 Abs. 2; H. G. B. § 340 Abs. 3.
[3]) B. G. B. § 730 Abs. 2 a. E.
[4]) Falls nur ein Gesellschafter ausscheidet und der Gesellschaftsvertrag für diesen Fall den Fortbestand der Gesellschaft vorgesehen hat, ist dem Ausscheidenden das Recht, sich an der Abwicklung der Geschäfte zu beteiligen, gemäss B. G. B. § 740 Abs. 1 S. 2 versagt.
[5]) H. G. B. § 340 Abs. 2 S. 1.
[6]) H. G. B. § 340 Abs. 3.
[7]) B. G. B. § 731 in Verbindung mit § 752.
[8]) H. G. B. § 340 Abs. 1.
[9]) A. M. L. Seuffert, Konkursprozess S. 70 f.; Cosack, bürg. R. II. 366. Dieser Ansicht ist aber nicht zuzustimmen. Denn die Gesellschaft besitzt als solche keine Rechtsfähigkeit, die Zulässigkeit eines besonderen Gesellschaftskonkurses hätte daher ausdrücklich bestimmt werden müssen. Ausserdem spricht gegen die Möglichkeit eines Gesellschaftskonkurses, dass er unter den Auflösungsgründen der Gesellschaft nicht aufgeführt ist, sowie die Bestimmung der Konkursordnung in § 213, dass das Konkursverfahren über das Vermögen eines nicht rechtsfähigen Vereins zulässig sei, eine Bestimmung, der es nicht bedurft hätte, wenn ein Gesellschaftskonkurs möglich wäre. Dies ist auch die herrschende Meinung. Vgl. hierüber Jäger, Commentar z. K. O. S. 30; Endemann, bürg. R. § 181 Anm. 20; Planck zu § 728, v. Staudinger II. 583; Gierke im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 19 (Jahrgang 1901) S. 126.

wie das H. G. B. einen Konkurs über die stille Gesellschaft; es giebt nur einen Konkurs über das Vermögen der einzelnen Gesellschafter des B. G. B. bez. über das des Komplementars oder des stillen Gesellschafters. Konkursgläubiger des Komplementars sind aber nicht bloss die Gläubiger aus seinem Handelsgewerbe, sondern seine Gläubiger überhaupt.

Die Auseinandersetzung des Gemeinschuldners mit den übrigen Gesellschaftern des B. G. B. bez. die des in Konkurs geratenen Komplementars mit dem stillen Gesellschafter und umgekehrt erfolgt ausserhalb des Konkursverfahrens.[1])

Die Gesellschafter des B. G. B. haben beim Konkurse jedes ihrer Mitgesellschafter ein Absonderungsrecht wegen der auf das Gesellschaftsverhältnis sich gründenden Forderungen.[2]) Bei der stillen Gesellschaft steht dieses Recht nur dem Komplementar beim Konkurse über das Vermögen des stillen Gesellschafters zu, während in dem umgekehrten Falle, wenn der Komplementar in Konkurs gerät, dem stillen Gesellschafter dieses Absonderungsrecht versagt ist, ihm vielmehr nur das Recht gegeben ist, seine Einlage, soweit sie den ihn treffenden Verlustanteil übersteigt, als Konkursgläubiger geltend zu machen.[3])

Da die Einlage des stillen Gesellschafters in das Vermögen des Komplementars übergegangen ist und somit thatsächlich und rechtlich einen Bestandteil des Vermögens des Komplementars bildet, so gehört sie auch im Falle des Konkurses über das Vermögen des Komplementars mit zur Konkursmasse und ist, soweit sie den Betrag, bis zu dem der stille Gesellschafter an dem Verluste teilnimmt, nicht übersteigt, regelmässig für ihn verloren, es müsste denn gerade sein, dass die Aktiva des Kridars sich höher stellen sollten als die Passiva.[4])

Ist der stille Gesellschafter mit seiner Einlage ganz oder teilweise im Rückstande, so hat er sie bis zu der Höhe seines Verlustanteiles zu ergänzen, d. h. zur Konkursmasse einzuzahlen.[5]) Weiter geht seine Verpflichtung nicht, er braucht also nicht etwa den ganzen Betrag seiner rückständigen Einlage einzuzahlen, denn mit dem Anspruche des Konkursverwalters[6]) auf Einzahlung der Einlage kann er seinen Anspruch auf Rückzahlung derselben, soweit sie seinen Verlustanteil übersteigt, aufrechnen.[7])

---

[1]) K. O. § 16.

[2]) K. O. § 51.

[3]) H. G. B. § 341 Abs. 1.

[4]) Dieser Ausnahmefall wird selten vorkommen, immerhin ist er jedoch denkbar, z. B. wenn die Aktiva zur Zeit der Konkurseröffnung überhaupt nicht realisierbar waren, so dass nur eine momentane Zahlungsstockung, nicht aber eine Ueberschuldung vorlag.

[5]) H. G. B. § 341 Abs. 2.

[6]) K. O. § 6. Die Beendigung der schwebenden Geschäfte ist mit der Konkurseröffnung nicht mehr Sache des Komplementars, sondern des Konkursverwalters.

[7]) Staub S. 1015, Anm. 6 zu § 341; Behrend S. 682 u. Anm. 32. Vorausgesetzt ist aber, dass der stille Gesellschafter mit der Einzahlung nicht bereits vor der Konkurseröffnung im Verzuge war. So auch Renaud S. 180.

Wenn der stille Gesellschafter am Verluste überhaupt nicht beteiligt ist, haftet seine Einlage den Konkursgläubigern des Komplementars nur insoweit, als sie bereits eingezahlt ist. In diesem Falle kann er den ganzen Betrag seiner eingezahlten Einlage als Konkursforderung geltend machen.

Der stille Gesellschafter steht also hinsichtlich des seinen Verlustanteil übersteigenden Betrages seiner Einlage und, sofern seine Teilnahme am Verluste durch Vertrag ausgeschlossen ist, hinsichtlich des ganzen von ihm eingelegten Betrages den einfachen Konkursgläubigern des Komplementars gleich, er geht ihnen also weder im Range vor noch steht er ihnen nach,[1]) vorausgesetzt, dass ihm nicht zur Sicherung seiner Einlage von dem Komplementar ein Pfandrecht (z. B. eine Hypothek) bestellt war,[2]) in welchem Falle er ein Absonderungsrecht hätte.[3])

Die Bestimmung, dass Sachen, die nur zur Benutzung überlassen waren, dem betreffenden Gesellschafter des B. G. B. bez. dem stillen Gesellschafter bei der Auflösung in natura zurückzugeben seien, gilt auch im Falle des Konkurses. Bezüglich dieser Sachen hat der Gesellschafter ein Aussonderungsrecht.

Vermöge des allgemeinen Grundsatzes der Vertragsfreiheit können der Komplementar und der stille Gesellschafter während des Bestehens der stillen Gesellschaft im Allgemeinen beliebige Verabredungen bezüglich der Einlage des stillen Gesellschafters treffen, ohne dass die Gläubiger des Komplementars ein Anfechtungsrecht hiergegen hätten. Ebenso, wie der Komplementar dem stillen Gesellschafter das Recht einräumen kann, seine Einlage über den ursprünglich festgesetzten Betrag hinaus zu erhöhen oder nicht abgehobenen Gewinn nicht als Guthaben, sondern als Einlage stehen zu lassen, die wiederum an dem Geschäftsgewinn teilnehmen soll, hat er andererseits auch das Recht, dem stillen Gesellschafter seine Einlage ganz oder zum Teil zurückzuzahlen, den ihn ursprünglich treffenden Verlustanteil herabzusetzen oder ganz aufzuheben, ihm die Einlage, soweit sie noch rückständig ist, zu erlassen, ihm zur Sicherung der eingezahlten Einlage ein Pfandrecht zu bestellen u. s. w.

Aber bei diesen Handlungen des Komplementars liegt die Vermutung nahe, dass sie lediglich deshalb geschehen seien, um die Gläubiger des Komplementars zu benachteiligen. Das Gesetz praesumiert deshalb, dass die Rückzahlung der Einlage des stillen Gesellschafters oder eines Teiles davon, sowie der gänzliche oder teilweise Erlass seines Anteils an dem entstandenen[4]) Verluste dann als in fraudem creditorum erfolgt zu betrachten seien, wenn

---

[1]) R. G. Bd. 31 S. 36.

[2]) Die Sicherheitsleistung darf jedoch nicht in dem letzen Jahre vor der Konkurseröffnung erfolgt sein. H. G. B. § 342; Puchelt S. 529.

[3]) K. O. § 48.

[4]) d. h. nur an dem bis zu dem Augenblicke der Vereinbarung entstandenen Verluste. R. G. Bd. 31 S. 37.

die **Vereinbarung** hierzu in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Konkurses getroffen ist. Das Gesetz giebt in diesem Falle dem Konkursverwalter ein Anfechtungsrecht gegenüber dem stillen Gesellschafter.[1]) Ob die Rückzahlung oder der Erlass unter Auflösung der Gesellschaft stattgefunden hat oder nicht, ist unerheblich.[2])

Dass die **Rückzahlung** in dem letzten Jahre erfolgt sei, würde zur Anfechtung nicht ausreichen, da die Vereinbarung der Rückgewähr und die Rückgewähr selbst nicht notwendig zeitlich zusammenzufallen brauchen[3])und die Vereinbarung möglicherweise längere Zeit als 1 Jahr vor der Konkurseröffnung zurückliegen kann, während die Rückzahlung selbst erst in dem letzten Jahre erfolgt ist. Dass es lediglich auf die **Vereinbarung** ankomme, war nach der Fassung des Art. 259 des alten H. G. B. allerdings zweifelhaft. Gleichwohl ist dies, was jetzt der neue § 342 Abs. 1 klar und deutlich ausspricht, bereits von den meisten älteren Schriftstellern angenommen worden.[4]) Die Rückzahlung muss aber naturgemäss **vor** der Konkurseröffnung erfolgt sein, da sonst die Einlage des stillen Gesellschafters als noch im Vermögen des Komplementars befindlich zur Konkursmasse des Komplementars gehören würde.

Das Anfechtungsrecht des Konkursverwalters gemäss H. G. B. § 342 Abs. 1 geht weit hinaus über das den Konkursgläubigern eines Gesellschafters des B. G. B. durch die Konkursordnung gewährte.[5]) Während für die Anfechtung von Rechtshandlungen des später in Konkurs geratenen Gesellschafters des B. G. B. Voraussetzung ist, dass dem begünstigten Gläubiger die Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, bekannt war und ihm der Gegenbeweis offen steht, ist dies bei der stillen Gesellschaft nicht der Fall, es ist vielmehr gleichgiltig, ob der Komplementar und der stille Gesellschafter die Absicht hatten, die Konkursgläubiger zu benachteiligen oder nicht. Es ist weder der Anfechtende verpflichtet, diese Absicht zu beweisen, noch auch der stille Gesellschafter berechtigt, den Gegenbeweis anzutreten.[6])

Von einer Anfechtung kann aber keine Rede sein, wenn das Recht bez. die Verpflichtung zur Rückzahlung der Einlage zu der erfolgten Zeit bereits im Gesellschaftsvertrage vorgesehen war, mag dieser auch erst im letzten Jahre vor der Konkurseröffnung abgeschlossen worden sein,[7]) oder wenn die Auflösung der stillen Gesellschaft infolge des Todes des Komplementars erfolgt ist. Ebensowenig kann eine Rückzahlung angefochten werden, die auf Grund eines dem Komplementar oder dem stillen Gesellschafter

[1]) H. G. B. § 342 Abs. 1 S. 1.
[2]) H. G. B. § 342 Abs. 1 S. 2.
[3]) Vereinbarung und Erlass fallen dagegen stets zusammen.
[4]) Behrend S. 685, Anm. 9; Renaud S. 183; Thöl, Handelsrecht 6. Aufl. § 112 Anm. 7.
[5]) K. O. §§ 29—32, namentlich § 30 Z. 2.
[6]) Denkschrift z. Entwurf e. H. G. B. S. 200.
[7]) Renaud S. 182 f.; Behrend S. 685 Anm. 9; Staub S. 1016 Anm. 1.

zustehenden gesetzlichen oder vertraglichen — möglicherweise auch sofortigen — Kündigungsrechtes erfolgt ist, da dies nicht als eine **Vereinbarung** anzusehen ist.[1]) Etwas anderes wäre es, wenn die Kündigung — abgesehen von dem Falle eines wichtigen Grundes — nicht für den Schluss eines Geschäftsjahres oder nicht unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungszeit erfolgt wäre, da dann zur Auflösung der stillen Gesellschaft der übereinstimmende Wille beider Gesellschafter, also eine Vereinbarung notwendig wäre.[2])

Der Rückzahlung steht, wenngleich in H. G. B. § 342 nicht besonders erwähnt, die Aufrechnung, Novation und Pfandbestellung gleich,[3]) ebenso ist die Anfechtung nicht ausgeschlossen, wenn der stille Gesellschafter wegen seiner Einlage einen vollstreckbaren Schuldtitel gegen den Komplementar erlangt oder wenn er seine Befriedigung oder Sicherung durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrests erwirkt hat.[4])

Die Wirkung der Anfechtung besteht darin, dass der stille Gesellschafter verpflichtet wird, die zurückempfangene Einlage in die Konkursmasse einzuzahlen bez. dass er an dem Verluste teilnimmt, der sich aus den bis zu dem Zeitpunkte der Vereinbarung abgeschlossenen Geschäften ergiebt. Insoweit er ferner einen vollstreckbaren Schuldtitel oder sonstige Befriedigung oder Sicherung erlangt hat, ist dies der Konkursmasse gegenüber unverbindlich. Seine Berechtigung, den seinen Anteil am Verluste übersteigenden Betrag seiner Einlage als Konkursforderung geltend zu machen, bleibt hiervon unberührt.[5])

Allerdings ist auch im Falle der Vereinbarung der Rückzahlung der Einlage oder des Erlasses des Anteils am Verluste die Anfechtung nicht unter allen Umständen gegeben, denn der stille Gesellschafter kann den Einwand erheben, dass der Konkurs über das Vermögen des Komplementars seinen Grund in Umständen habe, die erst nach der Vereinbarung mit dem Komplementar eingetreten seien.[6]) Hat der Konkurs in mehreren Umständen seinen Grund, die zum Teil vor, zum Teil nach der Vereinbarung eingetreten sind, müsste der stille Gesellschafter den Nachweis erbringen, dass der Konkurs ohne die späteren Umstände nicht eingetreten wäre.[7])

Ueber die Stichhaltigkeit des Einwandes würde im Streitfalle richterliches Ermessen zu entscheiden haben.[8])

Im Uebrigen finden bezüglich der Geltendmachung der Anfechtung und deren Wirkung die Vorschriften der Konkursordnung Anwendung.[9])

---

[1]) So auch Staub a. a. O.
[2]) Renaud S. 183; Staub S. 1016 und die dort Genannten.
[3]) Staub S. 1016, Anm. 3 zu § 342; Makower S. 866; Renaud S. 186; v. Hahn § 7 zu § 342.
[4]) K. O. § 35.
[5]) Renaud S. 185; Staub S. 1017 Anm. 7 zu § 342.
[6]) H. G. B. § 342 Abs. 2.
[7]) R. O. H. G. Bd. 14 S. 97; Staub S. 1017.
[8]) R. O. H. G. Bd. 14 S. 93.
[9]) H. G. B. § 342 Abs. 3; K. O. §§ 29—42.